

QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR L'INTRODUCTION ÉVENTUELLE DE LA PROCÉDURE D'AMPARO EN FRANCE

Ana Ruth Herrera

Les sociétés contemporaines ont entre autres priorités celle d'approfondir et d'améliorer leur justice constitutionnelle, considérée comme « une solution très importante qu'un nombre croissant de nations a cherché à donner au problème de l'oppression par le pouvoir par l'adoption d'un type nouveau de normes, d'institutions et de procédures constitutionnelles, visant à limiter et à contrôler le pouvoir politique »¹.

L'expansion continue du contrôle juridictionnel est à cet égard l'une des principales manifestations de la révolution en matière de droits de l'homme à laquelle on assiste depuis la Seconde Guerre Mondiale ; le développement de la justice constitutionnelle est en effet intimement lié à la mise en œuvre d'instruments efficaces de protection des droits fondamentaux par les instances chargées de les défendre et de concevoir les règles qui gouvernent les procédures².

La justice constitutionnelle est la garantie juridictionnelle de la Constitution consistant en un ensemble de mesures techniques destinées à assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques à caractère juridique³ et le respect de la Constitution, aussi bien dans ses aspects dogmatiques que dans ses aspects organiques.

La Constitution est le degré suprême du droit et du point de vue dynamique, elle agit en tant que source et principe de l'ordre étatique⁴. D'ailleurs, en l'absence d'une justice constitutionnelle capable de garantir la suprématie de la Constitution, celle-ci n'est plus qu'un programme politique et fait tout juste figure d'obligation morale ; ainsi, la « justice constitutionnelle transforme donc en normes véritablement juridiques ce qui seulement se voulait tel⁵ ».

On constate donc que la justice constitutionnelle concerne le respect des droits fondamentaux établis dans la Constitution, garanti par une instance contraignante, capable de dissuader les pouvoirs publics de bafouer lesdits droits. À cet égard, la défense de la Constitution implique la mise en œuvre de différents instruments opposables aussi bien aux pouvoirs publics qu'aux particuliers en cas d'infraction de la part de quiconque aux règles qu'elle établit. On découvre dans les différents systèmes juridiques contemporains, plusieurs types de moyens de défense constitutionnelle ; ils peuvent être aussi bien politiques que juridiques et sont confiés à certaines autorités et/ou directement aux particuliers qui saisissent

¹ CAPPELLETTI Mauro, *Le Pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, p. 2.

V. aussi sur ce sujet EISENMANN Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, Paris, 1986, p. 103-107.

² MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 2006, p.1.

³ KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », (La justice constitutionnelle), *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, P.U.F., 1929, p.53.

⁴ EISENMANN Charles, *op. cit.*, p. 9.

⁵ VEDEL Georges, avant -propos de l'ouvrage de EISENMANN Charles, *op. cit.*, p. VI.

alors l'instance spécifiquement chargée de veiller à la constitutionnalité des actes de puissance⁶.

En termes de protection des droits de l'homme, la France a été - et dans une grande mesure, elle le reste - un creuset de la culture européenne d'où provient l'élément d'universalité qui a transformé la pensée française en un instrument du dialogue entre toutes les autres cultures occidentales. Un exemple au hasard de cette influence philosophique et intellectuelle se retrouve dans la pensée ibéro-américaine qui a débouché au début du XIXe siècle sur les premiers mouvements d'émancipation politique en Amérique latine, au sein desquels la pensée française occupe le premier plan⁷.

Cette notion de droits de l'homme dont la France a été la pionnière se retrouve dans de nombreuses constitutions latino-américaines qui reprennent, sur le fond, certaines idées figurant dans la Déclaration Française de Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ou défendues par la philosophie politique française.

Bien que la France ait été l'un des premiers pays du monde à se doter d'une Constitution écrite, sa justice constitutionnelle n'était pas très développée et se limitait au contrôle de la constitutionnalité des lois *a priori*, chargé au Conseil Constitutionnel⁸. À l'origine, cet organe n'avait qu'une fonction politique consistant à veiller à ce que le législateur n'empiète pas sur le domaine réglementaire ; mais depuis le tournant marqué par la décision 71-44 DC du 16 juillet 1971 concernant la liberté d'association⁹, on assiste à une évolution vers un contrôle de la constitutionnalité tendant à la protection des droits fondamentaux.

En ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois *a priori*, le système constitutionnel français reconnaît expressément qu'il doit s'exercer aux termes de l'article 61 de

⁶ À ce titre V. FIX ZAMUDIO Héctor, « La Constitución y su defensa » (La Constitution et sa défense), *La Constitución y su defensa*, UNAM, Mexique, 1984, p.12, qui considère que la défense de la Constitution comprend deux aspects : la protection constitutionnelle (*normalité constitutionnelle -normalidad constitucional*), et les garanties constitutionnelles (*anormalité constitutionnelle- anormalidad constitucional*). La *normalité constitutionnelle* est assimilée à l'aspect physiologique de la Constitution parce qu'elle a pour but le fonctionnement correct des organes de pouvoir. Dans ce sens, la protection constitutionnelle s'intègre par la séparation des pouvoirs, la régulation des finances publiques de l'État, l'institutionnalisation des forces sociales et les garde-fous prévus en cas de réforme constitutionnelle.

L'anormalité constitutionnelle est considérée comme l'aspect pathologique constitutionnel car elle touche aux instruments juridiques à caractère processuel qui ont pour but l'effectivité de la Constitution. Ici, on trouve les procédures engagées afin de contester des décisions inconstitutionnelles devant une instance juridictionnelle chargée de cette responsabilité.

Voir également à ce sujet BURGOA Ignacio, *El juicio de amparo* (La procédure d'amparo), Mexique, Porrúa, 2004, p.65-75; CASTRO Juventino, *Garantías y amparo*, (Garanties et amparo), Mexique, Porrúa, 2004, p.4-9, 319 et s. ; COLOMER VIADEL Antonio, « La valeur du fait constitutionnel dans les États ibéro-américain », *Académie internationale de Droit Constitutionnel, (La suprématie de la Constitution, recueil des cours)*, Tunis, Toubkal, 1987, p.262.

⁷ ABELLAN José Luis, *Pensée hispanique et philosophie française des lumières*, Toulouse, Publications de l'Université de Toulouse-Le Mirail, 1980, Série A, Tome 45, p.7.

⁸ RODRIGUES VIEIRA Paulo, *Les perspectives d'instauration de l'exception d'inconstitutionnalité en France*, Thèse, Paris V, 1992, p. 10-37.

⁹ *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2003, p. 237- 255.

la Constitution du 4 octobre 1958 ; le Conseil Constitutionnel peut donc juger de la conformité d'une loi à la Constitution avant sa promulgation.¹⁰

Toujours est-il que si la justice constitutionnelle concerne la mise en œuvre d'instruments efficaces permettant de défendre la Constitution contre tout acte de puissance inconstitutionnel, il n'en reste pas moins que les actes en question peuvent être aussi bien de nature législative, administrative ou juridictionnelle et donc, du point de vue concret, la défense constitutionnelle devrait comprendre des mécanismes permettant de contester l'inconstitutionnalité des actes des pouvoirs législatifs, administratifs et juridictionnels.

Dans cette optique, la France a adopté un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* grâce à l'adoption des articles 29 et 30 de la « Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve. République ». À cet égard, on pourrait envisager un moyen de défense constitutionnel en droit français qui permettrait non seulement de s'assurer de la constitutionnalité des lois mais aussi de la constitutionnalité des décisions administratives et juridictionnelles. Partant de cette hypothèse, un système constitutionnel global devrait établir des recours, des procédures et des instances permettant de contester toutes les décisions portant atteinte à la Constitution.

En ce qui concerne la possibilité de contester la loi *a posteriori*, certains auteurs considèrent que ce contrôle est exercé par le juge administratif et judiciaire qui veillent au respect de la Constitution¹¹. Il est aussi vrai que les juges ordinaires ont fait des efforts qui méritent d'être salués en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs et judiciaires et ce en dépit du fait que la Constitution française n'établissait pas expressément de mesures de contrôle ni de tribunaux ou d'instance compétents pour connaître, le cas échéant, des plaintes présentées par des prévenus estimant que leurs droits constitutionnels ont été bafoués.

Sur ce point, précisons que le constitutionnalisme tend à résoudre les problèmes pour lesquels la Constitution manque d'efficacité normative en mettant en place des mesures de contrôle de nature essentiellement processuelle qui visent à la protection de la norme suprême en

¹⁰ Article 61. Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

¹¹ V. DERRIEN Arnaud, *Les juges français de la constitutionnalité. Étude sur la construction d'un système contentieux. Conseil Constitutionnel, Conseil d'État, Cour de Cassation : trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003, p. 52-84.

Ces observations portent sur l'existence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* déjà mis en œuvre par les juges ordinaires, indépendamment de l'approbation de la « Loi constitutionnelle No. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République », publiée au Journal Officiel de la République française du 24 juillet 2008. L'article 29 de cette loi prévoit l'ajout d'un nouvel article à la Constitution, l'article 61-1, qui reconnaît le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* au cours d'une procédure engagée à l'encontre de dispositions législatives portant atteinte aux droits et libertés garanties par la Constitution ; ce contrôle sera exercé par le Conseil Constitutionnel sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation.

cas d'infraction tant à sa partie dogmatique qu'à sa partie organique¹² et qu'on observe en France un renforcement de cette tendance pour attaquer l'inconstitutionnalité des décisions législatives¹³, qui devrait déboucher sur la possibilité d'attaquer aussi des décisions administratives et juridictionnelles pour inconstitutionnalité. Cette situation s'explique du fait que l'État de Droit est étroitement lié à la Constitution qui, en tant que norme suprême, doit prévaloir par rapport à toute décision ou norme, ce qui entraîne logiquement un développement des systèmes de justice constitutionnelle¹⁴.

I. QUELLE ÉTENDUE DE L'AMPARO EN FRANCE ?

Avant de développer l'hypothèse de l'introduction de la procédure *d'amparo* dans le contentieux constitutionnel français, nous devons d'abord étudier sa nature et la portée de la protection qu'elle garantit, puis faire le lien avec le système de justice constitutionnelle français et envisager les formes que cette procédure pourrait prendre au sein des institutions françaises pour un meilleur respect de la constitutionnalité des lois et des actes administratifs et juridictionnels.

A. La procédure d'*amparo* et son champ d'application

Le mot *amparo* désigne l'action de « *amparar* », verbe qui signifie protéger ou défendre¹⁵. L'institution de l'*amparo* est associée à la tutelle des droits de l'homme et c'est dans ce but qu'elle a été consolidée. Ainsi, au sens juridique, « *amparo* » implique la défense, la protection des droits de l'homme ou l'assistance en la matière¹⁶.

Le domaine de protection de cette institution n'est pas le même dans tous les pays qui l'ont adoptée dans leur système juridique. À cet égard, en fonction des systèmes juridiques hispaniques, le terme « *amparo* » a trois sens traditionnels : ¹⁷

¹² Sur ce sujet voir VALADÉS Diego, « Constitución y control político », (Constitution et contrôle politique), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (Théorie de la Constitution.). Porrúa, Mexique, 2000, p. 343.

¹³ Loi constitutionnelle No. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, publiée dans le Journal Officiel de la République française du 24 juillet 2008, dont article 29 prescrit :

Après l'article 61 de la Constitution, il est inséré un article 61-1 ainsi rédigé :

« Art. 61-1.-Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

« Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

¹⁴ Dans ce sens voir BREWER-CARIAS Allan, « Control de la constitucionalidad », (Contrôle de la Constitutionnalité). *El Derecho Público de finales de siglo : una perspectiva iberoamericana*, (Le Droit Public à la fin du siècle : une perspective ibéro-américain), Civitas, Madrid, 1997, p. 520-569 ; CAPPELLETTI Mauro, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 33^{ème}. Année, No.2, avril- juin, 1981. p. 625-657.

¹⁵ COLOMER VIADEL Antonio, *Art. cit.*, p. 26.

¹⁶ ESCRICHE Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, (Dictionnaire raisonné de législation et jurisprudence), T. I, Librería de Rosa y Bouret, Madrid, p. 522.

¹⁷ V. FIX ZAMUDIO Héctor, « Diversos significados jurídicos del amparo en el Derecho Iberoamericano », (Diverses significations juridiques de l'amparo dans le Droit Ibéro-américain), *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Année XVIII, janvier - avril 1965, No. 52, p.122 – 140.

- a. Recours ou moyen de contestation de décisions juridictionnelles ;
- b. *Interdicta retinendae possessionis* ;
- c. Procédure sommaire de protection de la liberté

Dans sa première interprétation, l'*amparo* est considéré comme voie de recours ou moyen de contestation, soit comme recours juridique permettant au juge constitutionnel de vérifier la constitutionnalité des décisions juridictionnelles. Il faut savoir que dans certaines législations, il existe une procédure qui porte le nom d'*amparo*, mais qu'il s'agit d'une procédure autonome et non d'un recours qui n'est qu'une autre instance au sein d'une même procédure¹⁸.

En revanche, l'*amparo* compris comme *interdicta retinendae possessionis* comprend une interdiction visant à protéger la possession d'avoirs ou de droits. La justice ordonne ainsi que le propriétaire soit réintégré dans ses droits de propriétaire tels qu'il en jouissait avant les événements ou la dépossession prononcée lors de son audience¹⁹.

Finalement, l'*amparo* en tant que procédure sommaire destinée à la protection de la liberté est la forme la plus courante ; elle a pour objet de protéger les personnes contre les détentions arbitraires, et joue dans ce cas le même rôle que l'institution de l'*habeas corpus*.²⁰

Dans cet article, nous n'analyserons pas tous les régimes juridiques qui règlent la procédure d'*amparo*, car ce sujet est malheureusement trop vaste pour être abordé ici ; nous nous concentrerons sur la procédure d'*amparo* mexicaine, qui est à l'origine de cette institution.²¹

À cet égard, nous constatons que la procédure d'*amparo* (*juicio de amparo*) de protection des droits constitutionnels se divise en plusieurs types de procédures : 1) *amparo habeas corpus*, 2) *amparo* contre des lois – y compris toute norme générale, 3) *amparo* administratif, 4) *amparo – cassation* ou *amparo* judiciaire.

Ainsi donc, l'*amparo* protège contre toute décision bafouant les droits constitutionnels à l'égard des menaces contre la liberté individuelle des justiciables (*amparo habeas corpus*), contre des lois inconstitutionnelles (*amparo contre des lois*), contre des

¹⁸ Par exemple, la Constitution de Guatemala du 2 février 1965 faisait référence au recours d'*amparo* quand elle devrait en réalité parler de procédure d'*amparo* (*juicio de amparo*) car il s'agit d'une procédure autonome. L'article 265 de la Constitution de Guatemala en vigueur établit les règles de recevabilité de l'*amparo* en tant que procédure autonome visant à protéger les droits des particuliers et à les réinstaurer quand ceux-ci ont été bafoués. Voir, dans ce sens, les commentaires de FIX-ZAMUDIO Héctor, *Art. cit.*, p. 128.

Pour noter la différence entre procédure autonome (*juicio de amparo*) et recours (recours d'*amparo*) *vid infra* I., B. Amparo et contentieux constitutionnel français, p. 10-11.

¹⁹ Par exemple, voir la législation de la République du Salvador qui fait référence à la procédure d'*amparo* de possession (*juicio de amparo posesorio*) pour signifier l'*interdictum* destiné à protéger la possession de biens immobiliers et l'exercice de droits réels. (Articles 778 et 781 du Code de Procédures Civiles)

²⁰ Pour illustrer ce concept, la doctrine et jurisprudence chilienne donnaient ce sens à l'article 16 de la Constitution du Chili de 1925 qui réglementait les détentions arbitraires.

²¹ Cette institution a son origine dans le projet de Constitution du Yucatán de 1841 (Le Yucatán étant l'un des 31 États fédérés qui constituent le Mexique). L'idée revient plus tard, dans l'Acte des Réformes de 1847 qui donnait de force et vigueur à la Constitution mexicaine de 1824 qui établissait à l'article 25 la création de l'institution de l'*amparo*, reconnue ensuite dans la Constitution de 1857 et dans la Constitution de 1917 (actuellement en vigueur)

décisions administratives violant la Constitution, (*amparo administrativo*) et contre des sentences des juges (*amparo cassation*)²².

La procédure d'*amparo* s'enclenche suivant deux modalités : d'une part par voie d'action d'inconstitutionnalité au sens strict, le justiciable pouvant saisir directement le juge constitutionnel et attaquer la constitutionnalité d'un acte de puissance (dénommé *amparo indirecto*) et, d'autre part, par une action d'inconstitutionnalité engagée au cours d'une procédure de contestation d'une résolution définitive prononcée par un juge ordinaire (dénommé *amparo directo*).

La procédure d'*amparo* (*juicio de amparo*) est donc un procès d'ordre constitutionnel engagé par le justiciable par voie d'action pour contester les actes d'autorité ; sa finalité est de protéger les plaideurs contre l'application des lois (considérées au sens large, aussi bien formel que matériel) et des actes administratifs et juridictionnels qui portent atteinte aux droits constitutionnels des particuliers, le juge constitutionnel ayant compétence pour statuer. La sentence prononcée à l'issue de la procédure a pour effet de réinstaurer la situation préalable à la violation des droits constitutionnels – lorsque la décision contestée a eu des effets concrets – ou de contraindre l'autorité responsable au respect des droits constitutionnels bafoués et au respect de la Constitution – lorsque les effets de la décision contestée sont d'ordre négatif. La sentence prononcée à l'issue de la procédure d'*amparo* produit donc des effets *inter partes*²³.

Dans le cadre plus large des systèmes de droit contemporains, la procédure d'*amparo* appartient aux pays de tradition romaniste dans lesquels on privilégie la norme, la loi et le droit substantiel, le rôle du juge se limitant à appliquer les lois dont il se fait l'interprète ; à l'opposé, dans les systèmes *common law* fondés sur l'affaire, le juge et le procès, le joue un rôle central dans l'élaboration des règles de droit²⁴.

D'ailleurs, il faut remarquer que même si cette institution de contrôle de la constitutionnalité des décisions des autorités est de tradition romaniste, une tradition dans laquelle la loi occupe une place essentielle, on a prévu de pouvoir contester la loi. Ce pouvoir de contestation revient au justiciable qui peut directement contester une décision prononcée en application d'une loi inconstitutionnelle au détriment de ses droits et a pour objet de défendre la Constitution et de maintenir l'unité et l'uniformité de l'ordre juridique.

Tout cela constitue un renforcement de la protection des droits constitutionnels garantissant le droit à un tribunal contre tout acte législatif, administratif ou juridictionnel

²² Sur ce sujet voir FIX ZAMUDIO Héctor « El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos » (L'*amparo* mexicain comme instrument de protection des droits de l'homme), *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, IJ, No. 29, Mexique, 1992, p. 271-278.

²³ CASTRO Juventino, *Garantías y amparo*, (Garanties et amparo), Mexique, Porrúa, 2004, p. 355.

En ce qui concerne les effets *inter partes* de la sentence d'*amparo*, cela implique qu'elle ne protège que le plaideur. Il existe dans la doctrine différentes propositions de réforme qui donnent aux sentences d'*amparo* des effets *erga omnes* afin de sauvegarder la suprématie constitutionnelle et la cohérence de l'ordre juridique une fois qu'une norme juridique a été qualifiée d'inconstitutionnelle. Sur ce sujet voir ZALDIVAR LELO DE LARREA Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo* (Vers une nouvelle loi d'*amparo*), Thèse, Mexique, 2002, p. 178-191.

²⁴ ZENATI Frédéric, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, Dalloz, 2002, p.15.

affectant la sphère juridique des justiciables ; ce droit comprend celui de dénoncer l'inconstitutionnalité d'une loi qui par définition doit être conforme à la Constitution.

Concernant ce dernier aspect, cette notion figure en droit français dans l'*obiter dictum* de la décision du Conseil Constitutionnel CC-85-197 DC du 23 août 1985 : « La loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution », car le législateur peut errer et la volonté générale est conditionnée par un élément supplémentaire au vote du Parlement : *le respect de la Constitution*²⁵, où on observe une tendance à suivre les exigences du constitutionnalisme.

Cependant, pour satisfaire les exigences du constitutionnalisme, il devient nécessaire de se doter de moyens permettant d'assurer la suprématie de la Constitution sur toutes les décisions à caractère inconstitutionnel ; en effet, le contrôle préventif de la constitutionnalité n'est pas systématique dans les cas des lois ordinaires puisque la saisine du Conseil Constitutionnel n'est que facultative. Il le devient dans le cas des lois organiques et des règlements des assemblées parlementaires, aux termes de l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; par conséquent, la suprématie de la Constitution sur la loi devient aléatoire²⁶.

Alors, sachant que la Constitution devrait en principe prévaloir sur tout autre type de décision, le système juridique français a opté récemment pour un contrôle répressif des lois inconstitutionnelles²⁷ lequel pourrait concerner aussi des actes administratifs ou juridictionnels, en raison de ce qu'ils peuvent être à caractère inconstitutionnel, en se dotant de mécanismes qui respectent la *ratio* de ses institutions juridiques, tout en évoluant vers une protection accrue des droits constitutionnels en ne réservant plus les recours pour inconstitutionnalité aux organes du pouvoir et en le rendant accessible aux justiciables qui pourraient alors contester devant le juge la constitutionnalité de décisions les concernant. L'adoption de la procédure d'*amparo* en droit français pourrait dans ce cadre renforcer les mécanismes de contrôle et assurer une protection réelle des droits individuels contre tout acte inconstitutionnel.

B. *Amparo* et contentieux constitutionnel français

Le recours d'*amparo* peut être engagé soit par la voie d'*amparo direct* soit par la voie d'*amparo indirect*, selon le type de décision contestée.

L'*amparo direct* concerne les résolutions définitives prononcées par les juges ordinaires, judiciaires ou administratifs, contre lesquelles, par définition, puisqu'il s'agit d'un « jugement définitif », il n'existe aucune voie de recours²⁸. La procédure d'*amparo* intervient

²⁵ BLACHÈRE Philippe, *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale. La loi votée...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*, PUF, France 2001, p. 12.

²⁶ *Ibidem*, p. 79.

²⁷ Article 29 de la « Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République »

²⁸ CASTRO Juventino, *Op.cit.*, p. 442.

Article 158 de la Loi d'*Amparo*, réglementaire des articles 103 et 107 de la Constitution Politique des États-Unis Mexicains

soit quand il n'existe aucun recours contre une décision du fait que la loi n'en prévoit pas, soit parce que toutes les voies de recours ont été épuisées²⁹.

La nature de l'*amparo direct* – appelé également *amparo cassation*³⁰ – fait depuis longtemps l'objet de controverses. Certains auteurs considèrent qu'il n'est que l'équivalent d'un recours en cassation et se demandent s'il est bien utile de le conserver en tant qu'instrument de contrôle de la constitutionnalité des décisions juridictionnelles³¹. Au contraire, en France s'interrogent sur le rôle des juges ordinaires et sur leur implication probable dans un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des décisions. Leur attitude à l'égard de la Constitution se serait développée afin de ne pas apparaître comme des juges de « second rang »³².

Il semble que ces remises en question concernant le contrôle de la constitutionnalité qu'exercent les juges d'*amparo* et celles qui portent sur les juges ordinaires français se rejoignent parce qu'elles soulignent qu'on ne comprend pas bien si lorsque ces juges appliquent la règle constitutionnelle et lorsqu'ils statuent sur des affaires mettant en cause le droit constitutionnel appliqué aux jugements, ceci implique un contrôle de constitutionnalité. Bref, on ne comprend pas toujours si ces décisions impliquent ou non un contrôle de la constitutionnalité.

En ce qui concerne l'*amparo direct*, les controverses portent sur sa nature : s'agit-il d'un jugement (*juicio*) ou d'un recours (*recurso*) dans le cadre duquel le juge doit se limiter exclusivement à vérifier que la loi a été correctement appliquée ? En effet, c'est la nature de la réclamation qui fonde la différence entre jugement et recours qui se distinguent de plus par le fait que le premier est un tout tandis que le deuxième est partie d'un tout. Un procès commence par une plainte visant à exiger la satisfaction d'un droit et se déroule selon le principe du débat contradictoire (audience, présentation des preuves, plaidoiries) et se conclut par une sentence ayant autorité de chose jugée. Le recours, en revanche, (dans le cas de l'*amparo direct* ou *amparo cassation*) est engagé contre une résolution définitive et devient donc partie d'un jugement *lato sensu*.

Pour leur part, les juges administratifs et judiciaires français sont souvent conduits à invoquer la Constitution qui ne peut donc plus être perçue comme un texte flou au contenu

²⁹ Conformément au principe d'épuisement la procédure d'*amparo* ne peut être engagée que lorsque tous les recours ou moyens de défense ordinaires et prévus par la loi régissant la décision contestée et visant à la modifier ou à l'annuler ont été épuisés. La *ratio* consiste à faire de l'*amparo* une instance finale de contestation de la constitutionnalité des décisions et éviter ainsi l'encombrement superflu des tribunaux constitutionnels.

³⁰ En fait, la procédure d'*amparo* contient dans ses sources quelques éléments français comme : la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, puisqu'il a fallu commencer par la reconnaissance des droits avant d'instaurer un modèle de justice constitutionnelle, l'ex Sénat Conservateur, source de la création du Pouvoir Suprême Conservateur (*Supremo Poder Conservador*) en 1836 aboli en 1843 ; le recours en cassation adopté dans l'*amparo direct*, qu'on peut engager contre les sentences définitives aussi bien que contre les erreurs *in procedendo* et les erreurs *in iudicando*, et la jurisprudence administrative et judiciaire.

Sur ce sujet voir, CASTRO Juventino, *Op. cit.*, p. 281; SOBERANES FERNÁNDEZ José Luis, « Notas sobre el origen del amparo casación en México », (Remarques sur l'origine de l'*amparo cassation* au Mexique), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXV, No. 74, mai – août, Mexique, IJ UNAM, 1982, p. 529 ; VEGA Fernando, « El juicio de amparo y el recurso de casación francés », (La procédure d'*amparo* et le recours de cassation français), *PEMEX-LEX*, No. 35-36, mai-juin, Mexique, 1991, p.40.

³¹ BURGOA Ignacio, *Op. cit.*, p. 177-180.

³² DERRIEN Arnaud, *Op. cit.* p. 51 et s.

juridique incertain puisque la norme constitutionnelle sert de fondement à leurs décisions. On retiendra en particulier l'attitude du juge de cassation qui se réfère aux normes constitutionnelles ; il s'agit d'une question qui peut se dégager de l'article 604 du Nouveau Code de procédure civile qui établit que « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit », au premier rang desquelles se trouve la Constitution dont le non-respect justifie l'ouverture du pourvoi en cassation. S'agissant de l'attitude du juge administratif, on constate qu'il n'hésite pas à jouer son rôle en se référant directement aux normes constitutionnelles ; il y a donc une complémentarité logique entre ces tribunaux, le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel³³, le juge ordinaire se basant sur les dispositions constitutionnelles pour statuer sur la validité ou l'invalidité de la décision contestée³⁴.

Apparemment donc, les juges *d'amparo direct* et les juges français ordinaires n'agissent pas dans tous les cas comme « une instance de plus » lorsqu'ils examinent les erreurs commises par le tribunal ayant statué sur le fond de l'affaire ; au contraire, ils exercent un contrôle de constitutionnalité quand ils jugent qu'une décision porte ou non atteinte aux droits constitutionnels. Le contrôle de l'erreur de droit peut conduire à un contrôle de la constitutionnalité si le fond de l'affaire entraîne un manquement à la Constitution et c'est cette règle du droit qui doit apporter une solution à la controverse juridique. D'ailleurs du fait que les juges qualifient parfois d'erreur de droit des erreurs de fait, les allégations portant sur les erreurs de fait peuvent entraîner un contrôle de la constitutionnalité afin de vérifier qu'il n'y a pas eu manquement à la Constitution. En effet, la frontière entre erreur de droit (déformation de la règle de droit pour l'adapter aux faits) et erreur de fait (déformation des faits pour les adapter au droit) peut parfois sembler confuse³⁵.

D'autre part, la procédure *d'amparo indirect* peut être engagée pour contester de manière générale tout autre acte que des jugements définitifs rendus par les juges ordinaires³⁶ ; c'est le justiciable lui-même qui saisit directement le tribunal constitutionnel. Par cette voie, la procédure *d'amparo* se déroule en plusieurs étapes (débat contradictoire, présentation des

³³ DERRIEN Arnaud, *Op. cit.*, p. 65 et s.

V. par exemple C.E., Ass., 13 novembre 1998, *M. Le Déaut et autres*

³⁴ À titre d'exemple voir l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 janvier 2005, chambre commerciale, No. Pourvoi 03-10068 selon lequel : « ... que dans sa décision du 29 décembre 1998, le Conseil constitutionnel a, dans les mêmes considérants décisifs déjà cités, dit pour droit non seulement que l'impôt de solidarité sur la fortune ne pouvait que frapper la capacité contributive conférée par la détention d'un ensemble de biens et résultant des revenus en espèces ou en nature procurés par ces biens, mais a ajouté que la disposition censurée permettait, de façon contraire à l'article 13 de la Déclaration de 1789, de prendre en compte dans le calcul de l'impôt la valeur en pleine propriété d'un bien dont le contribuable nu-propriétaire ne tirerait aucun revenu ... »

Aussi v. l'arrêt du Conseil d'État en recours en cassation No. 227770 du 29 janvier 2003, selon lequel : « ... Considérant, en troisième lieu, que si la décision du 5 mars 1996 accordant à Mme X... le bénéfice du revenu de remplacement, alors même que cette dernière ne remplissait pas les conditions pour y prétendre, a créé des droits au profit de l'intéressée, cette circonstance ne faisait pas obstacle à ce que l'auteur de cette décision pût légalement mettre fin pour l'avenir au versement de cette allocation ; qu'il n'a, ce faisant, ni porté une atteinte illégale aux droits acquis par Mme X..., ni méconnu le principe de non-rétroactivité des actes administratifs, ni violé les principes, invoqués par la requérante, reconnus par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1958... »

³⁵ MASSOT Jean et al. *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Berger Levrault, 2001, p. 136.

³⁶ Parmi les exemples de décisions juridictionnelles contre lequel l'*amparo* indirect est recevable, on trouve la dernière résolution émise dans la phase d'exécution de sentence.

preuves et des plaidoiries) et se conclut par une sentence portant sur l'inconstitutionnalité de la décision attaquée.

S'agissant du contrôle des actes administratifs en France, la légalité est garantie par le recours pour excès de pouvoir qui permet d'annuler tout acte administratif contraire au droit pouvant être engagé contre toutes les autorités administratives³⁷ ; il serait l'équivalent, tout du moins du point de vue d'un certain auteur, de la procédure *d'amparo indirect*³⁸.

Le recours pour excès de pouvoir est un moyen tendant à l'annulation d'une décision administrative qui est ouvert, même sans texte et a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité³⁹. Dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, le juge refuse d'examiner la qualification juridique des faits, mais il arrive qu'il se prononce sur une erreur d'appréciation manifeste, le Conseil d'État pouvant sanctionner les erreurs flagrantes et les décisions manifestement disproportionnées par rapport aux motifs de l'administration ayant entraîné des décisions arbitraires⁴⁰.

Le juge du recours pour excès de pouvoir, dans son appréciation de la norme afin de déterminer son application, et le cas échéant, d'annuler la décision administrative contestée, peut se prononcer sur le champ d'application de la norme de droit ou se baser sur les dispositions constitutionnelles pour conclure que la décision a méconnu la norme. Dans le cas de l'*amparo indirect*, le rôle du juge est d'examiner l'adéquation de la décision administrative par rapport à la Constitution ; il vérifie alors que la décision administrative n'a pas méconnu la norme constitutionnelle ou que le fondement normatif de ladite décision ne contrevient pas à la Constitution. Dans cette dernière hypothèse, il faut distinguer deux cas : 1) l'inconstitutionnalité prononcée par le juge s'il constate que la décision administrative contrevient directement à la Constitution ; 2) l'inconstitutionnalité prononcée par le juge du fait que la décision administrative repose sur une loi inconstitutionnelle.

Il faut préciser qu'une loi dont l'inconstitutionnalité est dénoncée par un particulier peut être contestée lorsqu'elle est appliquée par une autorité administrative ou dès lors que son caractère obligatoire suit son entrée en vigueur et affecte aussitôt la sphère juridique du justiciable⁴¹ ; à cet égard, le juge peut se prononcer sur sa validité en fondant sa décision sur une disposition constitutionnelle.

Ainsi, la Constitution est une norme dont le Conseil d'État ne peut ni ne veut ignorer dans le contrôle qu'il exerce en tant que juge de l'excès de pouvoir. Sur ce point, le contrôle

³⁷ VEDEL Georges, *Droit administratif*, PUF, 1976.

³⁸ CHANES NIETO José. *La procédure d'amparo mexicaine et le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris 1, 1966.

³⁹ CE Ass. 17 février 1950, *Dame Lamotte*

⁴⁰ BRISSON Jean-François, *Le recours pour excès de pouvoir*, Ellipses, p. 100 et s.

V. CE 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils*.

⁴¹ Par exemple l'obligation de payer ses impôts sans attendre que le fisc en détermine le montant. Cette obligation affecte la sphère juridique du contribuable qui se trouve dans l'hypothèse de causation et doit verser ses contributions sans intervention du fisc. Dans ce cas, il est possible de déclencher l'*amparo* dès le moment où la loi entre en vigueur ou après son application par les autorités du fisc, lorsque celles-ci fixent le montant des contributions et les prélèvent aux contribuables.

interne des actes administratifs inclut nécessairement la violation de la Constitution, qui est au sommet de l'ordre juridique.⁴²

II. QUEL SERAIT L'INTÉRÊT D'INTRODUIRE L'AMPARO ?

L'existence de la justice constitutionnelle s'impose étant donné que les déclarations concernant les droits, qu'elles soient nationales ou internationales, ont cessé d'être des proclamations purement philosophiques depuis que leur application effective a été confiée aux tribunaux nationaux ou internationaux comme la Cour des Droits de l'Homme établie à Strasbourg⁴³.

Sur ce point, il est important de constater que la France consolide sa position en tant que pays garant des droits de l'homme grâce à une tendance plus marquée vers le contrôle de la constitutionnalité *a posteriori*⁴⁴.

À cet effet, la création d'une Tribunal Constitutionnel ou bien d'un Pouvoir Constitutionnel, conformé par divers juges habilités à contrôler la constitutionnalité des actes contestés, qu'ils soient législatifs, administratifs ou juridictionnels, pouvant être saisi directement par le justiciable, serait le moyen de satisfaire aux exigences propres d'une justice constitutionnelle plus efficace.

A. Renforcement du contentieux constitutionnel français

Bien que les juges ordinaires français en soient venus à se constituer en juges constitutionnels, ils n'ont pas été toujours juges de la constitutionnalité des décisions qu'ils examinent. Les juges ordinaires ont parfois refusé de se prononcer sur la constitutionnalité d'une décision quand une loi s'impose et se dresse entre le tribunal et la Constitution⁴⁵ ; ainsi, si une décision est fondée sur un texte législatif, les juges ordinaires ont considérés que la détermination de sa conformité à la Constitution relève d'un jugement constitutionnel qu'ils se refusent à rendre.

Cependant, avant l'approbation de la « Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République », pour surmonter les lacunes du système juridique français concernant la possibilité de dénoncer des lois inconstitutionnelles *a posteriori* devant une instance dotée des compétences requises pour l'exercice de ce contrôle, les juges ordinaires se sont prononcés sur l'inconstitutionnalité de la norme en prenant considération

⁴² GOHIN Olivier, « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe.-XX siècle*, Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, p. 177.

⁴³ CAPPELLETTI Mauro, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 2, avril-juin 1981, p. 637.

⁴⁴ À cet égard, on trouve d'une part l'activité exercée par les juges ordinaires même si cette faculté ne leur a pas été expressément reconnue et qu'ils n'exercent que pour donner satisfaction aux justiciables soumis à leur juridiction et pour combler les lacunes dues à l'absence d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. D'autre part, une consolidation important du contrôle de constitutionnalité de lois *a posteriori* grâce à la récente « Loi constitutionnelle No. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République ».

⁴⁵ DERRIEN Arnaud, *Op. cit.* p. 81.

du sens des textes constitutionnels ou en faisant une interprétation conforme à la Constitution ; celle-ci applicable aux cas où une norme est susceptible de plusieurs interprétations, on doit retenir celle qui respecte la Constitution⁴⁶. Sur ce point, il constitue un progrès considérable vers un véritable État de Droit et démocratique l'approbation des articles 29 et 30 de la « Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République », en raison de ce qu'elle assure une protection accrue des droits constitutionnels des justiciables et en vertu de ce que « la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »⁴⁷.

La défense de la Constitution grâce à la justice constitutionnelle devrait tenir compte des lois, des actes administratifs et juridictionnels portant atteinte aux droits constitutionnels des justiciables afin de préserver la suprématie de la Constitution et l'unité de l'ordre juridique.

D'ailleurs, il faut préciser que le contrôle de la constitutionnalité d'une loi peut être exercé au motif de son application dans le cadre d'une décision de nature administrative, dans celui d'une résolution juridictionnelle, ou tout simplement parce qu'elle s'applique aux particuliers sans qu'aucune autorité n'ait besoin d'intervenir, comme c'est le cas de plusieurs normes fiscales.

Afin de faire prévaloir l'État de Droit, la France s'est opposée par l'adoption des articles 29 et 30 de la « Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République » à l'idée selon laquelle, dans un système démocratique, le contrôle de la constitutionnalité est une anomalie du fait qu'on considère qu'un organe n'ayant pas été nommé démocratiquement ne saurait imposer ses décisions à un organe qui a été élu comme c'est le cas du pouvoir législatif, et elle constate que ce contrôle constitue un renforcement de la démocratie ; en effet, la restriction des pouvoirs suppose une conception pluraliste de la démocratie caractérisée par le respect des droits fondamentaux, en rappelant que les représentants n'agissent pas en souverains mais en délégués de la puissance souveraine⁴⁸.

Si on retourne l'argument, nous pouvons nous demander si les systèmes juridiques qui prévoient un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois sont ou non démocratiques. Il s'avère que ce contrôle de la constitutionnalité leur a permis de se doter d'une protection plus efficace des droits constitutionnels par l'entremise de mécanismes permettant de saisir les instances chargées de surveiller et censurer, le cas échéant, les autorités ayant bafoué les droits des justiciables par des décisions prises en application de lois inconstitutionnelles.

Ainsi, si nous acceptons que la démocratie se caractérise par le respect des droits fondamentaux, il devient important le mécanisme adopté par la France permettant de les

⁴⁶ DA SILVA Virgilio Alfonso, « La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial », (L'interprétation conforme à la Constitution), *Cuestiones constitucionales*, No. 12, janvier-juin 2005, p. 1-26. Disponible en ligne sur le site *Biblioteca Juridica Virtual*: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/12/ard/ard1.htm [réf. du 5 juin 2008].

⁴⁷ CEDH CHASSAGNOU § 112.

⁴⁸ Sur ce point, voir COSSIO DIAZ José Ramón, *Constitución, Tribunales y Democracia*, (Constitution, tribunaux et démocratie), Themis, Mexique, 1998, p. 63-69 ; ROUSSEAU Dominique, « Pour une constitutionnelle », *RDP*, 2002, p. 362-775.

préservé face à l'application de lois préjudiciables aux justiciables ; il faut donc que ces décisions puissent être attaquées devant une instance juridictionnelle, tout comme les décisions administratives et juridictionnelles dont la contestation ne devrait pas être réservée aux pouvoirs publics mais accessibles aux justiciables qui se verront ainsi garantir le droit d'être entendus par un juge constitutionnel, spécialiste de ce type de controverse. À ce propos, il faut souligner que des progrès ont été faits en France en ce domaine, sachant que « on ne pourra pas toujours considérer les citoyens français comme des mineurs constitutionnels dont la défense des droits fondamentaux serait irrévocablement déléguée à leurs représentants⁴⁹ »

Mieux encore, le respect des droits constitutionnels en France s'applique à tout justiciable soumis à la juridiction française, tant qu'il ne s'agit pas de mineurs constitutionnels ; ainsi, l'inconstitutionnalité de n'importe quel acte législatif, administratif ou juridictionnel ne devrait pas rester impunie pour cause d'absence de mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Ces considérations nous conduisent à aborder le droit à un tribunal. Ce droit est considéré comme un « droit pour toute personne, qui a un intérêt légitime et qui présente la qualité éventuellement requise, d'accéder à une juridiction⁵⁰ » ; il repose sur le principe de la prééminence du droit et c'est une importante solution à établir dans les systèmes juridiques modernes afin de donner satisfaction aux justiciables quant à la défense de leurs droits⁵¹.

Ainsi, la reconnaissance en France du droit à faire appel à un tribunal constitutionnel devant lequel les particuliers peuvent faire constater l'irrégularité d'un acte de puissance les concernant au regard de la Constitution, est une solution permettant d'obtenir une meilleure protection des droits constitutionnels et de réaffirmer la suprématie de la Constitution ainsi que l'uniformité et l'unité de l'ordre juridique conçu comme une pyramide des normes hiérarchisées au sein de laquelle chaque degré est le paramètre de régularité des degrés inférieurs⁵².

À cet égard, dans les rapports entre une norme de degré supérieur et une norme de degré inférieur, le fondement de validité de la norme inférieure est la norme supérieure, étant donné que l'ordre normatif est conçu comme un système de normes applicables aux sujets de droit dont la Constitution est le fondement et la garantie. La conformité à la Constitution implique la régularité des actes de puissance et en particulier celle des lois⁵³.

Autrement dit, le fait de garantir constitutionnellement aux justiciables français la possibilité de saisir un tribunal de façon à régler les différends portant sur la constitutionnalité de décisions législatives, administratives ou juridictionnelles les affectant permet de mieux garantir l'unité et l'uniformité de l'ordre juridique, du simple fait que par ce moyen, on s'assure que tous

⁴⁹ Robert BADINTER cité par ROUSSEAU Dominique, *Sur le Conseil Constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*. Descartes & Cie, Paris, 1997, p. 70.

⁵⁰ MILANO Laure, *Op. cit.*, p. 51.

⁵¹ CAPPELLETTI Mauro et Bryant GARTH, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, (L'accès à la justice), Mexique, 1987 p.97.

⁵² V. KELSEN Hans, La garantie juridictionnelle de la Constitution, *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, P.U.F., 1929, p. 79.

⁵³ KELSEN Hans, *Teoría pura del derecho (Théorie pure du droit)*, trad. par VERNENGO R., Porrúa, Mexique, 1997, p. 201, 232.

les actes de puissance sont conformes à la Constitution qui serait alors appliquée uniformément dans tous les cas.

De plus, la cohérence de l'ordre juridique est garantie grâce à une instance juridictionnelle constitutionnelle ; en effet, la garantie juridictionnelle de la Constitution implique la reconnaissance d'un lien entre toutes les parties qui composent l'ordre juridique ; il existe donc un rapport entre les différentes décisions, qu'elles soient législatives, administratives ou juridictionnelles, et la Constitution. Les premières ne peuvent ignorer ou aller à l'encontre de la Constitution sans risque de heurter l'harmonie et l'unité des éléments qui composent l'ordre juridique.

En ce sens, il est très important de disposer d'un instrument de garantie pour la défense juridictionnelle constitutionnelle *a posteriori* ce qui entraîne une meilleure protection des droits constitutionnels du fait qu'il devient possible d'attaquer l'inconstitutionnalité des normes légales, les actes administratifs ou juridictionnels tout en tenant compte des particularités du système juridique français et des ses progrès en ce domaine.

Sur ce point, la procédure *d'amparo* en tant qu'instrument de contrôle de la Constitution et de protection des droits constitutionnels établit des mesures conservatoires permettant de conserver la matière même de la controverse jusqu'à ce que la sentence soit rendue⁵⁴ ; cette procédure a une portée internationale dans l'ordre juridique de plusieurs pays et se retrouve en essence dans plusieurs instruments internationaux. Citons, par exemple, l'article 25 de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme selon lequel : « *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la **ampare** contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales* » (Toute personne a droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents, destiné à la protéger (*amparar*) contre toutes les décisions violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution, par la loi ou par la présente Convention, même dans le cas où ces violations seraient le fait de personnes agissant dans l'exercice de fonctions officielles)⁵⁵.

À cet égard, il se trouve que la mise en place de la procédure *d'amparo* dans le système juridique français afin de renforcer la protection des droits constitutionnels serait envisageable au vu des progrès qu'a connu le contrôle constitutionnel en France. Il existe déjà d'ailleurs une sorte de concurrence entre le Conseil Constitutionnel et les juges ordinaires, le Conseil d'État et la Cour de Cassation, qui rappelle la procédure *d'amparo*⁵⁶.

⁵⁴ La procédure *d'amparo* prévoit une mesure conservatoire permettant de sauvegarder la matière-même de la controverse et de protéger l'individu concerné jusqu'à ce que le jugement soit rendu. Cette mesure s'appelle « suspension de l'acte contesté ».

⁵⁵ FERRER MAC-GREGOR Eduardo, « Del amparo nacional al amparo internacional », (De l'amparo national à l'amparo international), Revista de la Escuela Libre de Derecho, No. 28, 2004, Mexique, p. 157 – 186.

⁵⁶ Le contrôle de constitutionnalité des lois exercés *in abstracto* par le Conseil Constitutionnel possède des similitudes avec le contrôle de constitutionnalité abstrait du même ordre qui fonctionne par saisine des autorités politiques au Mexique dénommé « *acción de inconstitucionalidad* » (procédure pour inconstitutionnalité). Cependant, à la différence du contrôle abstrait de constitutionnalité prévu à l'article 61 alinéa 2 de la Constitution

En outre, l'adoption du contrôle concret de constitutionnalité *a posteriori* concerne les rapports entre la Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Conseil Constitutionnel, qui, pour certains auteurs, produit une supra constitutionnalité européenne tandis que le contrôle de conventionalité des lois exercé par le juge ordinaire, pourrait annoncer le déclin du Conseil Constitutionnel⁵⁷. À ce sujet, l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France permet de réaffirmer le rôle de cette institution en tant que garant et défenseur de la Constitution et des droits constitutionnels, où il faudrait tenir compte de la mise en place de relations entre le Conseil Constitutionnel et les juges ordinaires. Il faudrait déterminer soigneusement l'objet et les mécanismes de contrôle de leurs activités afin de conserver l'harmonie et l'uniformité de l'ordre juridique.

Sur ce sujet, il convient de préciser que bien qu'il puisse y avoir une concordance matérielle entre les catalogues de droits et de libertés constitutionnels et européens, cela n'implique pas nécessairement la suppression des activités du Conseil Constitutionnel, car cette concordance peut disparaître. En outre, il y a une marge d'interprétation concernant le contenu des droits constitutionnels, qui peuvent à leur tour coïncider avec ceux que les juges ordinaires défendent.

En revanche, si la défense complète des droits constitutionnels n'est pas garantie au niveau du système juridique, les instances constitutionnelles nationales courent un risque d'affaiblissement supérieur, du fait que les particuliers se tourneront de plus en plus volontiers vers la Cour Européenne des Droits de l'Homme en vertu du droit d'avoir accès à un tribunal prévu dans l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, risques qui pourront diminuer grâce à la récente adoption française du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Ainsi, nous pourrions également dire « qu'il faut éviter de chercher à Strasbourg ce que l'on peut trouver ici même⁵⁸ » ; cela n'implique pas une absence d'harmonie ou un mépris de la part du juge constitutionnel envers le juge européen, mais plutôt une perspective de complémentarité dans laquelle le juge constitutionnel français se devrait d'entendre les controverses constitutionnelles présentées devant lui. Ceci éviterait l'encombrement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et permettrait de renforcer la confiance dans les institutions françaises en matière de justice constitutionnelle, domaine dans lequel d'importants progrès ont été faits.

B. Aspects procéduraux de l'*amparo* et du contentieux constitutionnel français

française, dans l'action d'inconstitutionnalité la saisine n'intervient qu'après la publication de la loi. À ce propos, les effets des décisions issues de cette action coexistent avec ceux de la procédure d'*amparo*, laquelle serait envisageable dans le système juridique français, aux côtés d'un mécanisme abstrait de constitutionnalité des lois.

⁵⁷ À ce sujet, voir les références faites par SAILLANT Elodie, « Conseil constitutionnel, Cour européenne des Droits de l'Homme et protection des droits et libertés : sur la prétendue rivalité de systèmes complémentaires », *RDP*, T. 120, nov.-déc., 2004, No. 6, p. 1497-1546.

⁵⁸ Voir CE 3 avril 1998, *Corderoy du Tiers*, concl. ARRIGHI de CASSANOVA, cité en PACTEAU Bernard, « Le juge administratif et l'interprétation européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, coll. Droits et justice, Bruxelles, 1998, p. 278.

L'introduction de la procédure d'*amparo* dans le système juridique français exigerait donc qu'on tienne compte de sa compatibilité avec le contrôle de constitutionnalité déjà développé par le Conseil Constitutionnel et par les juges ordinaires. Bien que ceux-ci exercent des activités complémentaires, les juges ordinaires ont développé conjointement ce type de contrôle constitutionnel afin de satisfaire les attentes des justiciables qui s'adressent à eux.

C'est ainsi qu'il faudrait considérer la structure et le fonctionnement de la procédure d'*amparo*, en fonction des institutions françaises et de l'éventualité de faire du Conseil Constitutionnel une sorte de Cour Suprême chapeautant une structure organique composée de tribunaux constitutionnels de rang inférieur. On parviendrait de la sorte à établir un véritable Pouvoir Constitutionnel, qui réunirait les pouvoirs du juge constitutionnel d'*amparo* concernant le contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques et des décisions administratives et juridictionnelles. S'agissant des décisions juridictionnelles et administratives, il faudrait intégrer la jurisprudence et les progrès des juges ordinaires, du Conseil d'État et de la Cour de Cassation.

À ce propos, peut-on, au vu du rôle joué par les juges ordinaires en la matière, parler de l'existence implicite d'un contrôle diffus de la Constitution Française ? Car même si ce contrôle diffus n'est pas expressément prévu, le Conseil constitutionnel et les juges ordinaires y participent en se pliant au principe de suprématie de la Constitution ? Ou bien au contraire, en raison de la référence explicite à un contrôle concentré, le Conseil Constitutionnel se trouve-t-il au sommet du Pouvoir constitutionnel et les juges ordinaires sont-ils exclus de ce contrôle en dépit de leur ingérence dans ce domaine ?

La procédure d'*amparo* fonctionne comme un contrôle concentré dans les mains des juges spécialistes en la matière. Au sommet de la hiérarchie juridique se trouve la Cour suprême et les juges constitutionnels qui composent le « Pouvoir Constitutionnel » se divisent en spécialités (matière pénale, civile, administrative, etc.) ; il existe aussi des divisions en fonction de l'importance et du contenu de la controverse, de la juridiction constitutionnelle géographique et des différents mécanismes visant à assurer l'uniformité des critères jurisprudentiels. Ces divisions permettent d'éviter l'encombrement de la Cour suprême.

Il devient donc nécessaire de prévoir des mécanismes permettant de préserver la cohérence et l'uniformité des décisions de justice reconnues comme participant de ce contrôle de constitutionnalité français ? Autrement, en suivant l'orientation du contrôle constitutionnel concentré, on pourrait envisager un Pouvoir constitutionnel constitué par plusieurs juges constitutionnels – afin de pouvoir traiter les plaintes déposées dans des délais raisonnables – au sommet duquel se trouverait le Conseil Constitutionnel.

Concernant ce point, l'activité juridictionnelle constitutionnelle a pour objet de déboucher sur une déclaration ou sur la réalisation coercitive et concrète des intérêts protégés par la Constitution de façon abstraite dans les cas où, par incertitude ou par manquement, lesdits intérêts n'ont pas été satisfaits directement par ceux qui étaient chargés de statuer, conformément à la loi, sur l'inconstitutionnalité de l'acte contesté⁵⁹. Ainsi, il y a à la rigueur des cas où les juges ordinaires, en fondant leurs résolutions sur la Constitution ou sur les décisions du Conseil

⁵⁹ C'est notre concept basé sur la définition d'activité juridictionnelle proposée par ROCCO Ugo dans son ouvrage, *Teoría general del proceso civil*, (Théorie générale de la procédure civile), Mexique, Porrúa, 1999, p. 42.

Constitutionnel, n'exercent pas un contrôle de constitutionnalité *stricto sensu* puisque leur sentence de validation ou d'annulation ne repose pas sur la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de cette décision⁶⁰.

D'ailleurs, si aux termes de l'article 62 de la Constitution, le caractère obligatoire des décisions du Conseil Constitutionnel existe bel et bien à l'égard de toutes les autorités en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité, la faiblesse des sanctions autorise une certaine marge de liberté, bien que dans la pratique, on imagine assez mal que de grandes institutions comme le Conseil d'État et la Cour de Cassation se permettent d'ignorer le Conseil Constitutionnel⁶¹.

Afin d'assurer le respect des décisions du Conseil Constitutionnel, il serait possible de le doter d'un pouvoir d'injonction aux puissances publiques, assorti aux décisions d'invalidation qu'il prononce. Le Conseil Constitutionnel pourrait de même exposer aux autorités responsables avec juridiction pleine, la marche à suivre pour l'exécution de ses décisions. En effet, le droit de s'adresser à un tribunal ne s'arrête pas à la sentence réglant le différend juridique ; le respect du droit au tribunal exige la mise en application de la décision de justice.

De telles mesures auraient des répercussions favorables sur la cohérence et la sécurité du fonctionnement du système juridique qui repose sur l'interconnexion des attributions propres aux différentes autorités. L'ordre juridique constituant une pyramide de normes hiérarchisées, une meilleure relation entre l'interprétation et l'application des décisions de justice serait également favorisée.

Ceci nous conduit également à examiner les effets d'une jurisprudence constitutionnelle française prononcée dans un contrôle de constitutionnalité *a priori* par rapport aux décisions prononcées par le Conseil Constitutionnel dans un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* où il peut déterminer les effets de ses décisions dans le temps.

On en arrive donc à se poser la question de ce qui se produit une fois que le Conseil Constitutionnel a déjà délivré un brevet de constitutionnalité. Serait-il possible d'engager une procédure d'*amparo* à ce moment là ? À cet égard, on ne saurait accepter une « jurisprudence gelée », au détriment des droits des justiciables et de la défense de la Constitution en raison du fait que s'il est vrai qu'un texte de loi peut d'emblée paraître conforme à la Constitution, la loi

⁶⁰ V. SÁNCHEZ GIL Rubén, El control difuso de la constitucionalidad en México, Reflexiones en torno a la tesis P./J/38/2002, (Le contrôle diffus de la constitutionnalité au Mexique, réflexions sur la décision P./J/38/2002), [en ligne] *Biblioteca Jurídica virtual*. [réf. Du 11 août 2006]. Disponible sur <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm>

⁶¹ ARNAUD Derrien, *Op. cit.*, p. 230

Nous tenons compte de l'article 30 de la « Loi constitutionnelle no. 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République » qui dit :

« Le premier alinéa de l'article 62 de la Constitution est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés : Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. »

peut se révéler inconstitutionnelle dans son application, soit parce qu'elle est appliquée à des situations qui n'avaient pas été prévues par le législateur, soit parce que l'interprétation des hypothèses établies dans la loi a évolué avec le temps⁶².

Dans cette perspective, il devient donc souhaitable de revoir le fonctionnement de la jurisprudence constitutionnelle en tenant compte de ses répercussions sur les justiciables et sur le droit constitutionnel de se faire entendre et de voir leur affaire résolue conformément au droit. On pourrait dans cette optique souhaiter que les décisions de justice prononcées par le Conseil Constitutionnel ne prennent pas aussitôt un caractère de jurisprudence et décider d'attendre qu'un certain nombre de décisions soient prononcées dans le même sens pour acquérir ce caractère. Même sans ce caractère de jurisprudence obligatoire, l'autorité absolue des décisions du Conseil Constitutionnel à l'égard des autorités publiques ne serait pas menacée car la décision prononcée serait obligatoire dès le début pour le cas d'espèce et aurait valeur de chose jugée absolue en tant que directive interdisant aux autorités l'application de l'acte considéré inconstitutionnel pour le cas concret.

En ce qui concerne des normes déclarées inconstitutionnelles par une décision du Conseil Constitutionnel ne constituant pas encore jurisprudence, il faudrait tenir compte des effets une fois que la décision aura constitué jurisprudence par rapport aux lacunes que cela pourrait créer. Autrement dit, une fois que la jurisprudence a déclaré une loi inconstitutionnelle, plusieurs possibilités se présentent : les cas où la loi déclarée inconstitutionnelle en a remplacé une autre et les cas où cette loi est venue combler un vide juridique.

Dans la première hypothèse, même s'il existait un ordre juridique en vigueur avant la promulgation de la loi contestée, le législateur peut à nouveau légiférer sur la même question, mais il est alors limité par l'autorité du juge constitutionnel si les dispositions nouvellement adoptées *bien que rédigées sous une forme différente [ont] en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution* (Décision 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Rec.*, p.48).

Ce critère du Conseil constitutionnel, qui s'applique par analogie, agirait comme garde-fou contre toute tentative du législateur de contourner les décisions portant sur l'inconstitutionnalité d'une loi par une disposition de même substance. De plus, on éviterait que de nouvelles procédures pour inconstitutionnalité portant sur le même objet ne viennent encombrer les tribunaux.

⁶² Comme exemple des hypothèses juridiques dont le sens évolue dans le temps, citons le cas de la fécondation assistée pour cause de stérilité du mari avec consentement des deux conjoints. Le Code Civil italien prévoyait une action de non reconnaissance de l'enfant si la stérilité était vérifiée, mais à l'époque où cette disposition a été adoptée, le législateur n'avait pas envisagé la possibilité de la fécondation assistée. La Cour constitutionnelle italienne a été saisie d'une plainte pour inconstitutionnalité de cette loi et s'est prononcée en se fondant sur les principes généraux du droit en considérant que la *ratio legis* de l'action de non reconnaissance de l'enfant était l'adultère qui n'était pas applicable au cas d'espèce et que donc le recours était irrecevable. Ce cas est cité par ZAGREBELSKY Gustavo, dans sa conférence du 19 février 2006 présentée à la Cour Suprême de Justice de Mexique, publiée dans l'ouvrage *La Suprema Corte de Justicia de México como tribunal constitucional (La Cour Suprême de Justice de Mexique comme tribunal constitutionnel)*, SCJN, Mexique, août 2006, p. 35-37.

Dans la deuxième hypothèse, soit quand la loi déclarée inconstitutionnelle n'a remplacé aucune disposition antérieure, le soin de concevoir une nouvelle loi appartient de par la Constitution au pouvoir législatif. Certes, il arrive que de par leurs attributions qui consistent à juger et à interpréter les lois, les juges arrivent à modifier la portée des dispositions applicables aux cas concrets ; toutefois, leur tâche consiste à déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi et non à légiférer, cette fonction étant conférée par la Constitution à un autre pouvoir, le pouvoir législatif.

Finalement, il est normal que les institutions évoluent et, à ce titre, il se peut que l'*amparo* soit transposable en France, pays de la Déclaration des droits de l'homme dont se sont inspirés de nombreux régimes juridiques, mais aussi pays où d'importants progrès ont été réalisés en matière de contrôle de constitutionnalité, y compris le contrôle *a posteriori*, notamment grâce au génie des juges ordinaires ; ces caractéristiques et ces avancées nous semblent compatibles avec l'adoption de la procédure d'*amparo*.