

# LA JUSTÍCIA CONSTITUCIONAL A FRANÇA. UNA BRETXA EN EL MUR

María del Carmen Camba Constenla

Àrea de Dret Administratiu  
de la Universitat de Santiago de Compostel·la

## Sumari

- |  |   |
|--|---|
| 0. La justícia constitucional a França.                      | 3. Definició del model. Control <i>préventif</i> o <i>ex ante</i> . |
| 1. Antecedents.  | 4. La decisió de 25 de gener de 1985.                               |
| 1.1. L'herència de Rousseau.                                 | 5. Els principis de la decisió.                                     |
| 1.2. L'evolució posterior.                                   | 6. L'horitzó evolutiu.  |
| 1.3. 1946 i 1958.  | 7. Unes notes per concloure.  |
| 2. Fonament i naturalesa de l'òrgan i les funcions d'aquest. |   |

## 0. La justícia constitucional a França

A França, el Consell Constitucional és l'òrgan encarregat del control de la constitucionalitat de les lleis, a més d'altres atribucions que no seran objecte de la nostra atenció en aquest moment però que resumidament podem enumerar: la matèria contenciosa-electoral, els assumptes contenciosos en les relacions entre els poders públics nacionals i el control de la recepció de normes internacionals en l'ordre jurídic intern.

El que en aquest moment ha cridat la nostra atenció, i centrarà la nostra anàlisi, és el model de control de la constitucionalitat que s'ha desenvolupat a França amb una particularitat molt significativa en relació amb els models de control de l'entorn europeu: es tracta del moment en què té lloc l'examen de la constitucionalitat: justament abans de la promulgació de la norma, de manera que el Consell té virtualitat enervadora del naixement a la vida jurídica d'aquesta. Aquest sistema que, si bé ofereix una alta protecció de la seguretat jurídica, presenta també punts obscurs si tenim en compte que la llei que pel motiu que sigui (no plantejament de recurs o no verificació en el moment de l'examen de contradicció amb la Constitució) s'incorpora de ple dret a l'ordenament, i des del mateix moment de la seva promulgació esdevé inatacable, podent servir d'habilitació suficient de qualssevol reglaments de desenvolupament o actes administratius, manifestament inconstitucionals, però que, pel suport que aquesta els proporciona, romanen inatacables. Aquestes lleis són les que la doctrina, en expressió reconeguda, ha anomenat «lleis pantalla» (*lois-écran*), perquè actuen com una pantalla entre la Constitució i la legislació que les desenvolupa.

A les pàgines següents tractarem d'emmarcar el tema des de la seva conformació històrica fins a la seva delimitació en el moment actual, per tractar d'observar després les possibles línies de ruptura que s'han anat produint en les últimes decisions del Consell Constitucional.

## 1. Antecedents

### 1.1. *L'herència de Rousseau*

No hi ha res més cert que la consideració usual que la Revolució Francesa va suposar un gir copernicà en la història política d'Europa i, per extensió, del món occidental en general, però resulta igual de diàfan que, si bé audaços, els homes del moment no havien de ser tan temeraris que donessin el gran salt al buit deixant endarrere tot el vell sense agafar-se fortament a nous valors i principis, regles noves sobre les quals s'havia d'assentar el joc nou.

En aquest punt decisiu d'inflexió de la història, les idees de Rousseau, entre altres, haurien de resultar fonamentals com pedres angulars de l'edifici postrevolucionari que s'estava construint. Entre aquestes destaca per dret propi la idea de la superioritat absoluta de la llei com a norma abstracta i general, fruit de la voluntat sobirana del poble, que per principi no pot ser errada, perquè és el poble el que es dóna a ell mateix la llei, i no pot pensar que vulgui donar-se constriccions o mandats odiosos. Aquesta concepció reposa sobre un postulat «optimista», tal com és ressaltat per Favoreu:<sup>1</sup> que la voluntat expressada per la majoria correspon a la voluntat general i que les minories no serien desfavorides per les decisions de la majoria. Des d'aquest enteniment, pensar en una instància situada per sobre de la voluntat del legislador que fa les lleis és, simplement, un absurd polític i jurídic. En una expressió gràfica ho assenyala Jean Rivéro: «en aquesta època, el control de la constitucionalitat de les lleis era al dret públic el que el *western* i la comèdia musical era al cinema, una especialitat (*spécialité*) americana».<sup>2</sup>

Les raons que això hagi estat així queden perfectament sintetitzades per Luchaire en dos blocs: d'una banda són raons històrico-polítiques que tenen a veure amb el recel conegut que els revolucionaris sentien pels *Parlements*, els quals havien volgut tenir un rol polític en tractar d'oposar-se a les mesures liberals que intentaven introduir els ministres de Lluís XVI, singularment a la concessió del vot per persones i no per estats en el si dels Estats Generals, en absència de reunió dels quals, els *Parlements* pretenien representar la nació; d'altra banda són raons doctrinals que lliguen amb la concepció orgànica de la separació de poders que va prevaler a França davant la concepció funcional que es va imposar als Estats Units després de la Sentència del cas *Marbury v. Madison*.<sup>3</sup>

Broussolle dissenteix de l'explicació en relació amb el recel envers la participació en la tasca normativa d'un òrgan que no és elegit democràticament i és políticament irresponsable, per entendre que no s'ha de confondre el dret amb la moral i que aquesta explicació equival a deixar-se acovardir encara per l'espectre dels parlaments de l'Antic Règim. La seva explicació és que la reserva prové d'una «veneració i sobrevaloració de la llei, expressió infal·lible de la voluntat general i font exclusiva del dret».

Els sectors més avançats de la doctrina francesa han anat més enllà en la recerca d'alternatives a l'explicació tradicional. Troper<sup>4</sup> entén que la tesi de la incompatibilitat

1. Louis Favoreu, «Droit de la Constitution et constitution du droit», a *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990, pàg. 78.

2. Jean Rivéro, *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, París, 1984, pàg. 166.

3. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980, pàg. 5-6.

4. Michel Troper, «Justice Constitutionnelle et démocratie», a *Revue française de Droit Constitutionnel*, núm. 1, 1990, pàg. 33-40.

tat entre justícia constitucional i democràcia, que aboca a la consideració de l'òrgan constitucional com a co-legislador, pot ser rebutada des de dos fronts.

- Primer, fent una interpretació instrumental del principi democràtic. La democràcia no és només el govern de la majoria sinó un sistema en què el poble es governa a ell mateix mitjançant la conformació de la voluntat del poble per agregació i concurrència de les idees i opinions de tots, la qual cosa impedeix la desatenció a les minories. En aquest sistema el paper de la justícia constitucional és instrumental per al sosteniment d'aquest. Segons aquesta línia interpretativa, els drets i les llibertats de les minories no són protegits en tant que drets fonamentals, sinó només en tant que condicions de funcionament normal de la democràcia, de manera que es permeti a les minories d'avui ser les majories demà.
- Segon, considerant que la llei només expressa la voluntat general si és conforme a la Constitució, de manera que el control de la constitucionalitat de les lleis no és un fre ni un correctiu a la democràcia sinó el seu instrument necessari.

Les apreciacions de Troper s'enquadren en el marc de la crítica a l'anomenada *teoria realista de la interpretació* segons la qual no pot haver-hi un acte d'aplicació de la llei sense una tasca interpretativa prèvia, ni que sigui mínima; i tota interpretació és un acte de voluntat que no pot ser objectiu en ell mateix; de la qual cosa es despren que el veritable legislador no és l'autor del text sinó l'interpret, *ergo*, l'òrgan constitucional seria un autèntic colegislador, tal com ho havia expressat Eisenmann, autor o coautor d'un acte de tota autoritat que participa de manera decisional en el procés de producció d'aquest. Les objeccions que es plantegen a aquesta construcció són múltiples però la més destacada és la que posa de manifest que si tota autoritat d'aplicació crea la norma que aplica, això abasta no sols els òrgans jurisdiccionals sinó també l'administració activa. La conclusió principal que n'extreu Troper és que en un sistema democràtic el monopoli de producció de la llei no el posseeix el parlament com a representant del poble, sinó que la llei, expressió de la *voluntas populi* es conforma per la concurrència de voluntats, entre les quals es troba la del Consell Constitucional com a òrgan de defensa de les minories i instrument necessari de la democràcia.

En la mateixa direcció Favoreu assenyala que la introducció dels drets i llibertats en el corpus constitucional es tradueix en una modificació en la manera de concebre, limitant-los, els poders dels governants, que no han de respectar només les regles de forma i de procediment sinó també les regles de fons o de dret substancial. La confiança dels individus no depèn només de l'elecció democràtica de les majories, sinó que aquests esperen a més que les decisions d'aquestes siguin controlades a fi de comprovar que els drets fonamentals no hagin estat vulnerats.<sup>5</sup>

### 1.2. *L'evolució posterior*

El mateix Sieyès, fins i tot recelant, com els seus contemporanis, dels *Parlements*, es va mostrar partidari des d'un principi de l'existència d'un control de constitu-

5. Louis Favoreu, *Droit de la Constitution...*, *op. cit.*, pàg. 77.

litat quan va afirmar que «els poders il·limitats són un monstre en política», i d'acord amb això va proposar la creació d'un jurat (*Jurie Constitutionnaire*), encarregat del perfeccionament de la Constitució, de servir de suplement de jurisdicció natural i, significativament, de ser guardià del pòsit (*dépôt*) constitucional.<sup>6</sup> La sea proposta no es va acceptar, i el sistema que es va construir és el que Luchaire<sup>7</sup> anomena d'autocontrol que, amb una fórmula significativa, tanca la Constitució de 1791,<sup>8</sup> i que apareixerà en les altres constitucions revolucionàries sota diverses formes. Suposem que l'elecció final haurà estat molt condicionada per l'imperatiu d'absoluta separació entre poders, en especial entre executiu i judicial, que d'una manera rotunda s'havia expressat en la Llei de l'Assemblea Constituent de 16-24 d'agost de 1790 que impedia als òrgans del poder judicial pertorbar, en cap cas i sota cap pretext, l'activitat de l'administració.<sup>9</sup> Administrar i jutjar són dues funcions distintes que han de romandre separades perquè «jutjar l'Administració és també administrar».

Les altres constitucions, a excepció de les de Napoleó Bonaparte i Napoleó III, guarden un discret silenci sobre el tema i fins l'any 1946 el problema del control de constitucionalitat es traslladarà d'alguna manera al Senat, tant en la Constitució de l'any VIII com durant el Segon Imperi. En relació amb el Senat del Segon Imperi, inspirat indubtablement en la proposició de Sieyès<sup>10</sup> i continuador dels senats del Consolat i de l'Imperi, s'ha formulat recentment la polèmica en relació amb el caràcter jurídic o polític del control que aquest exercia, per bé que tradicionalment se'l va considerar unànimement un control de naturalesa política (així va ser considerat per clàssics com Duguit o Hauriou). En aquesta polèmica, Ashworth,<sup>11</sup> sense negar per indubitat el caràcter polític del control esmentat, intervé per trencar una llança a favor del caràcter jurídic d'aquest, i ofereix un aspecte bifront d'un control que s'exercia confrontant el text de la llei sormesa amb les disposicions de la Constitució. D'altra banda, fins i tot quan el Senat era considerat com un component del poder legislatiu, segons l'article 4 de la Constitució, aquesta participació ho era precisament a títol d'intervenció en el control de la llei i no en el moment polític de l'elaboració d'aquesta. Una qüestió distinta és que esdevingués al capdavant una segona cambra legislativa, atesa la seva extensa funció complementadora, per derivació de funcions a l'empara de l'article 26, que li encarregava de vigilar l'adequació de les lleis no sols a la Constitució, sinó també «a la religió, a la moral, a la llibertat de cultes, a la

6. Aquest va ser el projecte d'elaboració personal que va presentar el 2 de termidor de l'any III davant la comissió constitucional, de la qual, no obstant això, no en formava part. La proposta va ser escoltada però després de les intervencions, dels dies 24 i 25 del mateix mes, de Louvet i, sobretot, de Thibaudeau («*Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'État et, en voulant donner un gardien aux Pouvoirs publics, on leur donnerait un maître, qui les enchaînerait pour pouvoir les garder plus facilement*»), va ser finalment refusada.

7. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., pàg. 8.

8. «*L'Assemblée Nationale constituante en remet le dépôt à la fidélité du corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les français*».

9. «*Les fonctions judiciaires sont et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions*».

10. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, pàg. 477.

11. Antoinette Ashworth, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire», a *Revue du Droit Public*, 1994, pàg. 45-102.

llibertat individual, a la igualtat dels ciutadans davant la llei, a la inviolabilitat de la propietat i al principi d'inamovibilitat de la magistratura», i també a les lleis que «poguessin comprometre la defensa del territori»: el senatconsult de 14 de març de 1867 li permet exigir del cos legislatiu una segona lectura però només es pot oposar a les lleis en els supòsits abans esmentats; el senatconsult de 8 de setembre de 1869 li permet oposar-se, en tots els casos, a la promulgació d'una llei i, fent un pas més, amb el senatconsult de 2 de maig de 1870 votarà les lleis com el cos legislatiu.<sup>12</sup>

### 1.3. 1946 i 1958

L'any 1946 es va plantejar per primera vegada la creació d'un òrgan de control constitucional i, a aquest efecte, va néixer el Comitè Constitucional, però la seva composició i les seves funcions no eren les d'un veritable òrgan garant de la legalitat constitucional en defensa dels drets i de les llibertats dels ciutadans, sinó que va funcionar com un òrgan sustentador de l'equilibri entre els altres òrgans constitucionals, especialment entre totes dues assemblees, afavorint un apropament entre aquestes en cas que per a la promulgació d'una llei fos condició prèvia revisar la Constitució. El seu funcionament real es va limitar a una sola ocasió.<sup>13</sup>

No obstant això, des de l'esquerra francesa ja s'havien aixecat veus com la d'André Philip,<sup>14</sup> diputat del Front Popular l'any 1936, compromès activament amb la resistència durant la Segona Guerra Mundial i posteriorment ministre d'Economia i Finances i col·laborador del Pla de comptabilitat francès de 1947, el qual, havent participat en la comissió de la Constitució de la primera i la segona Assemblea Nacional Constituent, es va mostrar partidari de la instauració d'un veritable control de la constitucionalitat de les lleis. En la seva concepció hi ha certs principis i valors espirituals que estigueren a l'origen de la resistència, el que després ha derivat en «el principi que hi ha un cert nombre de regles de dret, que reflecteixen aquests valors en l'àmbit econòmic i jurídic, regles de dret superiors a la voluntat de tot cap, i que elles soles fonamenten i limiten a la vegada l'autoritat de l'Estat. [...] L'Estat és el seu guardià i no el seu creador. Aleshores és necessari que en tota la societat civilitzada s'afirmin els principis jurídics fonamentals que defineixen l'estat de civilització que ha assolit en un cert moment una comunitat nacional».<sup>15</sup> La citació és llarga però ens sembla interessant, ja que defensa l'existència d'uns valors i principis anteriors i superiors a la pròpia llei elaborada pels òrgans legislatius de l'estat, valors que aquesta

12. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel...*, *op. cit.*, pàg. 11.

13. Es va tractar de la Decisió de 16 de juny de 1948, mitjançant la qual el Comitè va assolir un acord en la disputa entre el Consell de la República i l'Assemblea Nacional a propòsit de la interpretació de l'article 20 de la Constitució de 1946 que preveia que, en cas d'urgència, el Consell de la República expressaria la seva opinió en el mateix termini que l'Assemblea Nacional establís per als debats. Però com que el reglament de l'Assemblea no preveia res respecte a això, el Consell de la República entenia que podia emetre la seva opinió quan volgués, mentre que l'Assemblea Nacional creia que, un cop expirat el termini perquè el Consell expressés el seu parer, si aquest no ho havia fet, la llei que s'havia votat havia de ser promulgada.

14. Vid. Jean-Éric Callon, «Le projet constitutionnel d'André Philip», a *Revue du Droit Public*, 1992, pàg. 657-674.

15. André Philip, *La Résistance française, ses fondements juridiques et moraux*. Conferència pronunciada el 19 de setembre de 1942 a l'Institut Francès de Londres, pàg. 9 (citada per Jean-Éric Callon a «Le projet constitutionnel d'André Philip», *op. cit.*, pàg. 669).

ha de respectar necessàriament. D'una manera clara s'està exposant la idea que no necessàriament el que prové del parlament és legítim com a expressió de la voluntat del poble. I d'aquest convenciment arrenca la idea de la necessitat d'establir un control de constitucionalitat de les lleis. Òbviament, aquesta consciència ve en gran manera esperonada per l'amarg precedent de la guerra mundial, i pel compromís actiu que Philip va contraure en la seva resistència. No és casualitat que els països d'Europa on el control de constitucionalitat es va imposar d'una manera més ferma i més d'hora fossin precisament aquells països que van sofrir més intensament els models d'estat autoritaris<sup>16</sup> (només per posar un exemple: Alemanya, Àustria o Itàlia).

No obstant això, Philip refusa amb força el model de control de constitucionalitat americà, entre nosaltres anomenat «control difús», per entendre que «és inadmissible que qualsevol cos constituït pugui jutjar la llei, expressió de la sobirania popular. De nou apareix aquí aquesta espècie de temor jacobí que els francesos senten envers el govern dels jutges. Més explícitament dirà: «la sobirania pertany al poble, no als jutges», i acabarà defensant el referèndum com el mitjà ideal de control de la constitucionalitat de les lleis, en el respecte a la sobirania del poble.<sup>17</sup>

Serà el 1958 l'any que marqui el punt d'inflexió en relació amb la situació descrita anteriorment. La Constitució de 4 d'octubre de 1958 dedica un títol, el VII, al *Conseil Constitutionnel*, al qual s'atribueixen competències, com si es tractés d'una jurisdicció ordinària, en matèria electoral. Dins del títol esmentat destaca l'article 61, que estableix que «les lleis orgàniques abans de la seva promulgació, i els reglaments de les assemblees parlamentàries abans de ser posats en vigor, hauran de ser sotmesos al Consell Constitucional, el qual es pronunciarà sobre la conformitat d'unes i altres amb la Constitució». Porestativament, el paràgraf segon del mateix article estableix la possibilitat que les lleis (no orgàniques) siguin sotmeses al control d'aquest abans de la seva promulgació i amb la mateixa finalitat.

El context en què veu la llum aquest text constitucional és el de la França gaullista i l'objectiu amb què neix és el de reduir els poders del Parlament dins de la inspiració general de reforçament de l'executiu; amb tot, continua essent visible el pes del principi de la divisió de poders, com es posa de manifest en el fet que el nom elegit per a aquesta alta instància sigui el de «consell» i no de «cort» o «tribunal»<sup>18</sup> com algun dels seus homòlegs europeus, termes aquests últims de clara inspiració judicialista que aixecarien susceptibilitats en un país on el temor al govern dels jutges és antic i provat.

16. Entre nosaltres es manifesta en aquest sentit Javier Pérez Royo quan diu que «la justícia constitucional no és, en els seus orígens, un indicador de bona salut democràtica, sinó de tot el contrari. Darrere aquesta hi ha, en un primer moment, la crisi immediatament posterior a la Primera Guerra Mundial, en què són refusades de manera generalitzada les formes polítiques autoritàries de l'època anterior, però en què es produeix al mateix temps el temor, també bastant generalitzat, que s'efectuïn canvis decisius i irreversibles en el principi de constitució econòmica de la societat, imposats a més d'una manera autoritària, dictatorial; i, en un segon moment, l'experiència de l'opressió, una opressió brutal, superior a qualsevol altra coneguda amb anterioritat, pel fet de ser exercida per "monopolis de coacció física" en la forma d'estats altament industrialitzats, econòmicament desenvolupats i, en conseqüència, infinitament més eficaços que tots els poders polítics d'èpoques pretèrites.

»Es tracta, per tant, d'una institució que simbolitza millor quasi que cap altra la desconfiança dels diferents constituents democràtics europeus en la disposició de les futures majories parlamentàries per acceptar les regles del joc fixades a la Constitució.» Javier Pérez Royo, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, 1988, pàg. 40-41.

17. Jean-Éric Callon, «Le projet constitutionnel...», *op. cit.*, pàg. 671.

18. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel. op. cit.*, pàg. 21.

En compliment de les previsions constitucionals, el Consell va ser creat per llei orgànica de 7 de novembre de 1958, posteriorment modificada el 4 de febrer de 1959.

La seva funció inicial era la de servir de fre als excessos del legislatiu i de l'executiu, però es va produir un gir important per la reforma de 29 d'octubre de 1974 que va introduir la possibilitat que el Consell sigui requerit a instància de 60 diputats o 60 senadors, amb la qual cosa passa a convertir-se en un instrument potencial de defensa dels drets i de les llibertats dels ciutadans davant els abusos de l'estat-legislador.

Seguint de nou Luchaire, anem a sintetitzar les atribucions del Consell Constitucional, enteses aquestes tant en un sentit ampli com en un sentit estRICTE.

En un sentit estRICTE, el Consell Constitucional no té competència general per vetllar pel respecte de la Constitució sinó que ha estat establert per impedir que el Parlament exerceixi uns altres poders que aquells que li reconeix la Constitució expressament.

Malgrat el caràcter restrictiu amb què la Constitució havia configurat les competències del Consell, aquest, fent una interpretació extensiva d'aquestes, les estén en tres grans blocs: el control de les operacions electorals, el control dels càrrecs electius i el control de constitucionalitat; explícitament, «controlar la conformitat de la llei no sols amb la Constitució de 1958 sinó també amb la Declaració de drets de l'home de 1789 amb les disposicions de valor constitucional contingudes en el preàmbul de la Constitució de 1946 amb els principis fonamentals reconeguts per les lleis de la República,<sup>19</sup> amb les regles del dret públic internacional i fins i tot amb les lleis orgàniques.<sup>20</sup>

## 2. Fonaments i naturalesa de l'òrgan i les funcions d'aquest

El gran debat entorn del Consell Constitucional s'ha anat centrant, en la doctrina francesa, en el tema de la naturalesa d'aquest i, per tant, del control que exerceix. Polític? Jurídic? Institucional?

A favor de la tesi del caràcter polític del control s'han manifestat personalitats de la talla de Chenot<sup>21</sup> per a qui el Consell és sens dubte un òrgan polític pel reclutament dels seus membres i per les funcions de control polític que desenvolupa. De la mateixa opinió és Coste-Floret,<sup>22</sup> que considera que el control del Consell se situa en el

19. Encara que, en el moment del seu establiment, el preàmbul i els principis que conté no sols no van obtenir el reconeixement del seu valor constitucional, sinó que també se'n qüestionava el valor jurídic, posteriorment, el Consell d'Estat va configurar-los com una categoria jurídica en començar a inspirar-se en les seves disposicions per extreure una sèrie de principis de valor legislatiu vinculants per a l'administració. Així ho va expressar en relació amb el dret de vaga a l'*Arrêt* de 7 de juliol de 1950, *Debaene*, primera decisió en què pren carta de naturalesa la categoria jurídica que després constitucionalitzarà el Consell Constitucional.

20. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., pàg. 92-95.

21. M. Chenot ha estat membre del Consell Constitucional, vice-president del Consell d'Estat i ministre. Expressa la seva opinió respecte a això el 2 de desembre de 1977 en el col·loqui d'Aix-Marseille en aquests termes: «No he pensat ni per un segon que el Consell Constitucional fos un òrgan jurisdiccional; és un cos polític per la seva composició i per les funcions que compleix» (citat per F. Luchaire a *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., pàg. 37).

22. Paul Coste-Floret afirmava en els debats del Comitè Consultiu Constitucional que «el Consell Constitucional és un òrgan polític-jurídic que està qualificat per decidir des del punt de vista jurídic i de l'oportunitat política» (citat per F. Luchaire a *Le Conseil Constitutionnel*, op. cit., pàg. 37).

terreny de l'oportunitat política. Hamon,<sup>23</sup> amb una opinió més prudent, considera encertada la tesi del caràcter polític atesa l'absència de contradictorietat entre les parts implicades davant un magistrat, que ell estima fonamental perquè es pugui parlar de desenvolupament d'una funció jurisdiccional. Burdeu hi afegeix un element més, el del caràcter preventiu del control de constitucionalitat de les lleis (amb l'única excepció de la tècnica de deslegalització prevista en l'article 37.2 de la Constitució); element que, segons la seva opinió, obliga a considerar el control com de naturalesa política ja que només pot ser un òrgan polític qui exerceixi una vigilància d'aquest tipus sobre el legislador, que el converteixi, ni que sigui passivament, en col·laborador de la llei.<sup>24</sup> Bon<sup>25</sup> extreu dues conseqüències de la participació esmentada *a priori* en la confecció de la llei: d'una banda, la intervenció esmentada limita la sobirania del Parlament que perd així la plenitud i l'exclusivitat del poder legislatiu; d'altra banda, aquesta participació transforma la jurisdicció constitucional en tercera cambra política: el Consell Constitucional és una jurisdicció però es troba polititzat, la qual cosa condueix al desequilibri i a la confusió de poders.

La tesi institucional, defensada brillantment per Juillard,<sup>26</sup> es fonamenta en la consideració del paper del Consell com a coadjuvant del Parlament en la missió d'elaboració de les lleis, actuant com un legislador negatiu en intervenir en el procés de creació de la norma *a priori*, això és, abans de la seva promulgació.

Per últim, la tesi jurisdiccional és la defensada pels grans noms del iuspublicisme francès contemporani: Waline,<sup>27</sup> Favoreu,<sup>28</sup> Rivéro,<sup>29</sup> Hauriou,<sup>30</sup> Prélot,<sup>31</sup> Duver-

23. En paraules de Léo Hamon, «*le Conseil Constitutionnel a l'indépendance mais il lui manque la contribution organisée des parties intéressées à l'information du magistrat*», *Institutions et vie politique de la France actuelle*, tom II, Bordas, 1977, pàg. 262.

24. La postura de Burdeu és, a part d'això, inequívoca: «*Que le Conseil soit un organe politique, cela ressort de la nature de ses attributions. Toutefois, s'il doit être qualifié de "politique" c'est dans la mesure où l'adjectif s'oppose à juridictionnel. Cela n'implique pas qu'il doive être politisé, bien au contraire, car l'exercice de ses compétences implique qu'il situe son appréciation au-dessus des controverses partisans*», a *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, LGDJ, París, 1980, pàg. 116.

25. Pierre Bon, «*Le Conseil Constitutionnel français et le modèle des cours constitutionnelles européennes*», a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pàg. 45-72.

26. Patrick Juillard, «*Difficultés du changement en matière constitutionnelle. L'aménagement de l'article 61 de la Constitution*», a *Revue du Droit Public*, 1974, pàg. 1703-1772.

27. Marcel Waline, prefaci a l'obra de Louis Favoreu i Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1975, pàg. VIII i IX. La posició d'aquest autor és matisada: «*L'organisation du Conseil et le statut de ses membres sont loin d'infirmer le caractère juridictionnel de ses décisions. Le fait que les membres du Conseil sont choisis par le chef de l'État et les présidents des assemblées législatives tend, sans doute, à lui imprimer le caractère d'une juridiction politique; mais n'en est-il pas de même, par exemple, de la Haute Cour de Justice, dont tous les membres sont élus parmi les parlementaires et par ceux-ci? Ce qui importe, c'est que, dès leur nomination, les membres du Conseil jouissent des plus grandes garanties d'indépendance, puisqu'ils sont inamovibles, non renouvelables, et, lorsqu'ils sont en même temps fonctionnaires, insusceptibles de recevoir aucun avancement au choix; ils ne peuvent être nommés à aucun emploi public. [...] Dans tous les cas [...] la décision du Conseil sera juridictionnelle, puisqu'il statue sur une question de droit, et sa décision s'impose à toutes les autorités de l'État*».

28. Louis Favoreu, *Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'action normative des pouvoirs publics*, a *Revue de Droit Public*, 1967, pàg. 5-120.

29. Jean Rivéro, *Les libertés publiques*. París, 1973, pàg. 210.

30. André Hauriou: «*El Consell Constitucional és un organisme nascut i desenvolupat sota el signe de l'ambigüitat: les seves atribucions presenten, en l'essencial, un caràcter jurisdiccional, però per la manera de designació dels seus membres i per la seva composició de fet, té marcat caràcter polític*». No obstant això, quan examina les atribucions del Consell destaca com a particularment important la regulació de l'activitat normativa dels poders públics, «és a dir, el control dels poders públics quan aquests



ger<sup>32</sup> i el mateix Luchaire.<sup>33</sup> Els arguments bàsics són dos: d'una banda, el Consell, en exercir el control ho fa aplicant el dret i, d'altra banda, les seves decisions gaudeixen de l'efecte de cosa jutjada, s'imposen als poders públics i a totes les autoritats administratives i jurisdiccionals. Luchaire<sup>34</sup> sosté que no és cert que davant el Consell no es desenvolupi un veritable procés —fora dels casos del contenciós electoral, del qual també coneix—, que no es doni contradictorietat ni pluralitat de parts, tot el qual només pot ser defensat a propòsit de la intervenció del Consell en cas que aquest sigui requerit per la via de l'article 61. En suma, la posició d'aquest autor és superadora de la concepció orgànica, perquè en efecte no pot considerar-se el Consell un «òrgan» jurisdiccional; i s'inscriu en la concepció funcional, perquè atesa la seva funció apareix diàfana la seva naturalesa jurisdiccional.

D'altra banda, Favoreu considera que el caràcter de veritable jurisdicció és condició *sine qua non* perquè es pugui parlar d'un Tribunal Constitucional i afegeix que «importen poc les múltiples variacions sobre el tema de la naturalesa político-jurisdiccional, jurídic-polític o no jurisdiccional de les jurisdiccions constitucionals, atès que, en definitiva, s'han d'anomenar d'alguna manera [...] A part d'això, negar a una d'elles aquesta denominació per raons de composició, manera de designació dels membres o funcionament equival a estendre el refús a les altres, inclòs el Tribunal Suprem americà, ja que presenta característiques molt semblants, sobretot pel que fa a la seva composició». I precisa: «Això anterior és vàlid, evidentment, per al Consell Constitucional francès, ja que ni en la seva composició ni en les seves atribucions ni en el seu funcionament difereix dels altres tribunals. [...] En definitiva, el que compta és que el Tribunal Constitucional faci justícia amb autoritat de cosa jutjada i que les seves declaracions d'inconstitucionalitat puguin provocar anul·lacions amb efecte *erga omnes*».<sup>35</sup>

D'igual manera, Rivéro, en referir-se als procediments de salvaguarda de les llibertats públiques, fa referència al control de constitucionalitat per assenyalar que «es tracta d'una verificació de conformitat d'una regla inferior a una regla superior, és a dir, una operació essencialment jurídica».<sup>36</sup>

Cappelletti<sup>37</sup> posa en relleu la necessitat de la justícia constitucional per fer front al que ell anomena el «gegantisme de l'Estat»: al fil de la creació del que va anomenar Estat-providència, com una necessitat sentida d'un major intervencionisme estatal a l'encalç del benestar social, es va produir un creixement paral·lel de l'organització

---

dicten normes de dret». Al mateix temps recalca la incompetència del Consell per arbitrar la funció «política» dels poders públics. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Traducció al castellà de J. A. González Casanova. Barcelona, 1971, pàg. 637-639.

31. Marcel Prétor incideix en el tema de la independència del Consell respecte de l'executiu: «... *le Conseil Constitutionnel est un organe de décision indépendant du Président qui [...] n'en fait pas partie*». [...] *Elle est, sans doute, une juridiction, mais qui ne ressemble guère aux cours suprêmes existant dans divers pays*». *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1961, pàg. 792.

32. Maurice Duverger fa una descripció general dels mètodes de control de la constitucionalitat (jurisdiccional i polític), i defineix el control jurisdiccional com aquell la missió del qual és «*vérifier la conformité d'une loi à la Constitution*». *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, París, 1958, pàg. 222.

33. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, *op. cit.*, pàg. 41-56.

34. *Ibidem*.

35. Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pàg. 31-34.

36. Jean Rivéro, *Les libertés publiques*. París, 1974, pàg. 239.

37. Mauro Cappelletti, «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», a *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, sota la direcció de Louis Favoreu, París, 1982, pàg. 461-493.

administrativa perquè els parlaments, primers encarregats de la creació del *welfare state*, van mostrar la seva incapacitat d'actuar com a instruments omnipotents en favor del desenvolupament social. D'aquesta manera, l'Estat-providència es converteix en Estat administratiu, amb els perills consegüents de desconeixement dels drets i de les llibertats dels ciutadans.<sup>38</sup> En aquest context, la justícia constitucional es presenta com un contrapès davant el creixement desmesurat de l'executiu i davant una certa desvirtuació del legislatiu al qual ja no se'l veu com el representant del poble, sinó com un agregat de grups formats per polítics elegits localment i electoralment lligats a aquests.

Colliard dona un pas més i observa que el recurs a un òrgan independent constitueix una garantia fonamental, tant més necessària si ens trobem en presència d'un partit que posseeix la majoria absoluta en una assemblea, ja que en aquest cas l'oposició no és suficient per impedir el vot de les lleis que puguin ser opressives per a una gran part de la nació.<sup>39</sup> No es tracta més que de l'etern problema del joc de les majories i les minories i l'adequat respecte als drets d'aquestes, arès que les regles del joc vénen establertes en la norma fonamental, de la qual l'òrgan constitucional corresponent ha de ser el màxim garant.

### 3. Definició del model. Control *préventif* o *ex ante*

La Constitució de la V República, ja ho hem assenyalat, dedica el títol VII al Consell Constitucional. Són vuit articles (del 56 al 63) en què es defineix la composició, les atribucions i el funcionament d'aquest. Per a nosaltres són particularment importants els articles 61 i 62:

«Art. 61. Les lleis orgàniques abans de la seva promulgació i els reglaments de les assemblees parlamentàries, abans de ser posats en vigor, hauran de ser sormesos al Consell Constitucional, el qual es pronunciarà sobre la conformitat d'unes i altres amb la Constitució.

»Amb la mateixa finalitat *es podran sotmetre* les lleis al Consell, abans de la seva promulgació, pel president de la República, el primer ministre, el president de l'Assemblea Nacional, el president del Senat, seixanta diputats o seixanta senadors.

»En els casos previstos en els dos paràgrafs anteriors, el Consell Constitucional s'hi haurà de pronunciar en el termini d'un mes. No obstant això, a petició del Govern, si hi ha urgència, aquest lapse es reduirà a vuit dies.

»En tots aquests casos la remissió d'un text al Consell Constitucional suspèn el termini assenyalat per a la seva promulgació.

»Art. 62. No podrà ser promulgada ni posada en vigor cap disposició declarada anticonstitucional.

»Les resolucions del Consell Constitucional seran inapel·lables i s'imposen als poders públics i a totes les autoritats administratives i jurisdiccionals.»

Del text s'extreuen els trets que defineixen el model.

38. Mario Cappelletti, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Milà, 1955, pàg. 1-19.

39. Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques*. París 1968, pàg. 139-140: «Dans la mesure où les formules du gouvernement démocratique aboutissent à la domination par le nombre, le recours à un organe juridictionnel est le seul moyen de contrebalancer la toute puissance des masses».

Els actes susceptibles de ser controlats són els reglaments de l'Assemblea, les lleis orgàniques i les lleis ordinàries. Per referència de l'article 54, també poden ser controlats els compromisos internacionals (tractats).

El recurs només el poden interposar autoritats polítiques. La referència a «seixanta diputats o seixanta senadors» va ser introduïda per la Llei de reforma constitucional de 29 d'octubre de 1974. Aquesta reforma va ser decisiva perquè va obrir les possibilitats d'impugnació a les minories parlamentàries.

El control es produeix en el moment anterior a la promulgació, de manera que s'incardina d'alguna manera a l'*iter* d'elaboració de la norma.

El control es fa per referència bàsicament a la Constitució, però també a altres textos que posteriorment van ser reconeguts com de caràcter constitucional. Són aquests: els principis fonamentals reconeguts per les lleis de la República, admesos per primera vegada en una decisió transcendent de 16 de juliol de 1971 a propòsit de la llibertat d'associació; la Declaració dels drets de l'home i del ciutadà de 26 d'agost de 1789, reconeguda en una decisió de 27 de desembre de 1973 i que fins aleshores eren extravagants, sense formar materialment part de la Constitució, però que gaudien d'una enorme força política i de consens social; i el preàmbul de la Constitució de 1946 incorporat com a dret positiu en una decisió de 15 de gener de 1975.

Les decisions que emet el Consell poden ser d'anul·lació, i en aquest cas gaudeixen de l'efecte absolut de cosa jutjada que els atribueix l'article 62 en declarar-los inapel·lables, de la mateixa manera que ho són els de refús, els quals al seu torn poden ser-ho per inadmissibilitat o per desestimació, és a dir, declaració de conformitat de la norma amb la Constitució. També el Consell pot emetre decisions de refús amb reserva d'interpretació, és a dir, conformitat de la norma amb la Constitució sempre que se'n faci la interpretació que aquest proposa i que sol ser constructiva, neutralitzadora o directiva.<sup>40</sup> Amb aquesta actitud el Consell pretén, des de la seva posició avui totalment assentada en el sistema institucional, actuar com a balancejador necessari entre les disposicions atacades i la Constitució, tractant d'adaptar aquelles a aquesta. La problemàtica d'aquestes *conformitats amb reserva* es comprèn fàcilment si s'observen les derivacions de l'efecte de cosa jutjada que produeixen les decisions del Consell Constitucional, ja que s'ha d'entendre que aquest efecte abasta no sols la part dispositiva de la norma sormesa sinó també els motius que són el sosteniment necessari i en constitueixen el fonament.<sup>41</sup> És a dir, la decisió produeix l'efecte en els termes en què hagi de ser interpretada; i sota aquesta interpretació haurà de ser tinguda en compte pels poders públics i autoritats administratives i jurisdiccionals, que des del moment de l'emancipació de la decisió han quedat obligats per aquesta, *ex* article 62.2 de la Constitució. No obstant això, la pràctica no és gaire respectuosa amb el principi esmentat pel que fa a les notes de generalitat que es poden extreure de les decisions del Consell resolent casos concrets. Com assenyala Favoreu, l'únic mitjà de fer respectar la jurisprudència del Consell Constitucional i la seva interpretació —l'autoritat de cosa interpretada— és que el legislador aprovi una llei que tingui en compte les interpretacions del Consell.<sup>42</sup>

40. Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, *op. cit.*, pàg. 109.

41. Javier Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pàg. 99-104.

42. Louis Favoreu, «Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil Constitutionnel et Conseil d'État participant-ils de deux ordres judiciaires différents?». Conseil Constitutionnel et Conseil d'État, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, LGDJ, Montchrestien, París, 1988, pàg. 145-190.

La característica que més interessa a l'efecte del nostre estudi és el moment en què el control es porta a terme: abans de la promulgació de la llei. És, per tant, un control preventiu o *a priori* com a norma general.<sup>43</sup>

Les conseqüències d'això són enormes. Vedel i Devolvé<sup>44</sup> parlen en relació amb això de la subsistència d'un «angle mort» d'eficàcia en la protecció que el dret públic francès assegura als drets i a les llibertats: el cas en què una llei que autoritza l'administració a efectuar actes contraris als drets o llibertats hagi escapat a la censura del Consell perquè, en aquest supòsit, la llei promulgada esdevindrà inatacable, el Consell ja no podrà intervenir i el jutge administratiu no podrà anul·lar els actes autoritzats per la llei-pantalla. A propòsit del principi de legalitat assenyalen que tot i que l'autoritat de la Constitució sobre l'administració ve limitada per la teoria de la llei-pantalla, es produeix una distorsió en la jerarquia de les fonts ja que la Constitució, tot i que és teòricament superior a la llei, en aquests supòsits es pot veure, a la pràctica, subordinada a aquesta.<sup>45</sup>

Aquest és un problema d'un gran pes jurídic en la tradició europea-continental del control constitucional, inspirada en el model kelsenian, atès que enfronta dos grans principis bàsics en tots els sistemes democràtico-liberals: el principi de sobirania parlamentària com a expressió de la voluntat popular i el de divisió de poders, en la mesura que un òrgan els membres del qual no surten de l'elecció popular controlen l'acció del legislatiu i poden, fins i tot, anul·lar les normes produïdes per aquest.<sup>46</sup> No obstant això, a França, i potser degut al sacrosant valor que es concedeix a la llei com l'encarnació de la democràcia,<sup>47</sup> la qüestió no ha suscitat tanta polèmica doctrinal com seria d'esperar. No hem d'oblidar que fins èpoques relativament recents (1973-1975), la Constitució francesa no va tenir un contingut material protector de drets i llibertats, sinó que es reservava en un àmbit purament orgànic i de disciplina de les relacions entre poders. La defensa de drets i llibertats és quelcom que s'havia anat deixant, confiadament, en mans del legislador ordinari.

Així, observem que un autor de la talla de Rivéro es mostra condescendent amb el sistema, fins i tot reconeixent-li totes les seves debilitats, perquè posseeix la virtut de la simplicitat, la qual considera de gran importància en l'àmbit contenciós, en l'àmbit jurisdiccional...<sup>48</sup> La complexitat que introduiria la declaració d'inconstitucionalitat

43. L. Favreau reconeix l'existència d'un control *a posteriori* de caràcter excepcional: és el que possibilita l'article 37, apartat 2 de la Constitució, en virtut del qual els textos legislatius poden ser deslegalitzats totalment o parcialment pel Consell si aquest considera que el legislador ha intervingut en matèria constitucionalment reservada al reglament. (Recordeu que la Constitució francesa de 1958, en la seva línia d'afavorir el reforçament de l'executiu, permet l'existència de reglaments independents, la subordinació dels quals s'efectua directament a la Constitució sense l'intermedi d'una llei.) L'excepció al principi de control preventiu és, en paraules de l'autor, «certament limitada, però indiscutible». *Les Tribunaux Constitutionales, op. cit.*, pàg. 109.

44. Georges Vedel i Pierre Devolvé, *Le système français...*, *op. cit.*, pàg. 83.

45. Georges Vedel i Pierre Devolvé, *Le système français...*, *op. cit.*, pàg. 83.

46. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Madrid, 1988, pàg. 476.

47. Michel Troper, *Justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, pàg. 31: «Il est bien connu qu'il existe en France une ancienne tradition d'hostilité au contrôle de constitutionnalité, jugé incompatible avec la démocratie. Malgré l'établissement de ce contrôle en 1958, son extension irrésistible à partir de 1971 et 1974, malgré le succès de cette institution dans l'opinion publique, cette tradition persiste».

48. Jean Rivéro, «Rapport de Synthèse», a *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, sota la direcció de Louis Favreau. París, 1982, pàg. 526.

d'una llei ja nascuda i que hagués produït efectes jurídics s'observa com un *handicap* insalvable (o quasi) i un argument decisiu en pro del manteniment del sistema.<sup>49</sup> En el mateix sentit es dirigeixen les apreciacions de Bon, però afegeix l'avantatge de l'expeditivitat del control (un màxim d'un mes).<sup>50</sup> Un altre autor, Poullain, explicita de la manera següent els avantatges del control abstracte i *a priori* que exerceix el Consell: el procediment és simple; la seguretat jurídica i l'autoritat de la llei resulten reforçades; el control és ràpid; el jutge constitucional se situa així en les millors condicions per exercir-hi un control en profunditat ja que no es veurà desbordat per recursos contra lleis la constitucionalitat de les quals no presenta dubtes.<sup>51</sup>

De tota manera la qüestió dista molt de ser pacífica i també s'alcen veus que esgrimeixen arguments en contra. Així, Colliard considera la solució francesa com a limitada i imperfecta.<sup>52</sup> Luchaire observa respecte a la protecció dels drets fonamentals que, si bé la jurisprudència del Consell Constitucional ha efectuat progressos molt importants des de 1971, aquella presenta certes llacunes que necessitarien passos més decidits en la direcció de l'eficàcia de la protecció.<sup>53</sup>

Per la seva banda, Broussolle,<sup>54</sup> després d'advertir que la negació d'un poder legislatiu, ni que sigui negatiu, del Consell Constitucional es fonamenta en primer lloc en la tradició jurídica francesa de separació de poders, postula a favor d'un apropament per part de la institució francesa a les solucions ja adoptades en els països veïns, de manera que sigui admesa, si no la legitimitat, sí el fet incontestable que un jutge constitucional pugui ser *normador secundari*, en els termes en què va ser concebut per Kelsen.

### *Una bretxa en el mur*

El model tal com ha estat definit està fent passos envers la transformació i la superació de les limitacions que el constreixen, fins al punt que els autors parlen avui d'una «revolució» o d'una nova etapa en la justícia constitucional francesa.<sup>55</sup>

49. No obstant això, la posició de l'autor esmentat és més matisada en altres obres, com després tindrem oportunitat de comprovar.

50. Pierre Bon, *Le Conseil Constitutionnel français et le modèle...*, *op. cit.*, pàg. 70.

51. Bernard Poullain, «Remarques sur le modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois», a *Pouvoirs*, núm. 13, 1986, pàg. 187-190.

52. Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques...*, *op. cit.*, pàg. 140.

53. François Luchaire, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», a *Cours Constitutionnelles et Droits Fondamentaux*, sota la direcció de Louis Favoreu, París, 1982, pàg. 98.

54. Denis Broussolle, «Les lois déclarées inopérantes par le juge constitutionnel», a *Revue du Droit Public*, 1985, pàg. 779-782.

55. *Vide per tots*, Jean Rivéro: «Les pères de la Déclaration de 1789 avaient entendu placer les droits de l'homme au sommet des normes qui régissent la Cité. Mais un scrupule hérité de Rousseau, ou leur inexpérience, les avaient retenus de concrétiser le principe ainsi posé dans des institutions propres à en prévenir la violation. Au Conseil d'État revient l'honneur d'avoir soumis les actes de l'Exécutif au respect de la loi, édifiant ainsi le premier degré de la pyramide que constitue l'État de droit. La pyramide est restée inachevée durant cent cinquante ans: la loi souveraine, comme le monarque absolu, pouvait impunément s'affranchir du respect de la norme supérieure. C'est à elle que la «tradition républicaine», selon la formule de l'avis du Conseil d'État du 6 février 1953, confiait, en définitive, la sauvegarde des libertés: à la loi, c'est-à-dire aux passions et aux hasards des majorités successives. Le Conseil Constitutionnel a mis fin à cet absolutisme. La pyramide institutionnelle coïncide désormais avec la pyramide des normes. Si l'élimination d'un absolutisme constitue une révolution, et si une révolution peut s'élaborer dans la discrétion feutrée d'un palais national, c'est bien une révolution qu'ont menée à bien les sages du pavillon Montpensier» (*Le Conseil Constitutionnel et les libertés*, París, 1984, pàg. 138).

Què és el que ha permès que es produís una mutació com la que estem tractant? Rivéro<sup>56</sup> destaca la sàvia conjugació entre prudència i audàcia com la clau per al desenvolupament i la permanència d'una institució nova. Poullain destaca que va ser precisament l'audàcia de les seves primeres decisions el que ha permès al Consell Constitucional ser acceptat primer i veure després les seves audàcies aprovades.<sup>57</sup> Aquest va ser també el procés d'implantació i consolidació del Consell d'Estat. El procés l'explica clarament entre nosaltres Carro Fernández-Valmayor:<sup>58</sup> el naixement del concepte d'acte polític o de govern apareix vinculat històricament amb la crisi soferta pel Consell d'Estat a la caiguda de l'Imperi napoleònic. Aquesta construcció, materialitzada en el conegut *arrêt Laffitte*, d'1 de maig de 1822, es convertirà en la fórmula salvadora per a l'alt òrgan administratiu en l'*impasse* crític que travessava en ser criticat tant pels liberals, que li retreien el seu caràcter autoritari i la seva qualitat de jutge administratiu, com pels monàrquics, que estaven en contra de la consolidació dels títols dels adquirents dels béns nacionals que el Consell d'Estat havia realitzat. Aquest joc d'equilibri li va permetre refermar la seva posició, donant per closa la seva etapa d'implantació (*audàcia*), i romandre gaudint, com a alt òrgan administratiu, de la confiança del Govern, davant del qual feia una renúncia expressa a les seves atribucions abandonant matèries de gran relleu polític a la lliure disponibilitat dels òrgans de l'Administració activa (*prudència*). D'aquesta manera va assegurar la seva permanència fins que els esdeveniments de 1870 van provocar la caiguda de l'Imperi i el naixement de la Tercera República, que va retornar al Consell d'Estat el poder de jurisdicció en tota la seva amplitud (Llei de 24 de maig de 1872), moment en què es produeix el trànsit de la jurisdicció retinguda a la jurisdicció delegada.

El Consell Constitucional ha fet gala durant anys de prudència, i s'ha limitat a l'exercici estricte de les seves competències, i ha refusat qualsevol interpretació àmplia dels textos en què es fonamentaven, de manera que frenés el conegut temor gal davant l'adveniment d'un hipotètic govern dels jutges. A mitjan de la dècada dels vuitanta es podia considerar que la institució ja estava suficientment consolidada com perquè els temors esmentats hagin quedat dissipats i el Consell pugui donar mostra d'una major audàcia, obtenint les màximes conseqüències possibles de les seves competències, sempre en favor de la submissió del legislador a l'ordre constitucional.

Un altre obstacle que s'anava oposant al paper conformador del Consell Constitucional era la manca de definició en els conceptes d'una institució com la francesa que, a diferència d'altres com l'alemanya, la italiana o l'espanyola, no havia estat feta per ser aplicada per un tribunal. Aquest obstacle també pot ser salvat si fem una espècie de piqueta jurídica i donem per fet que la jurisprudència del Consell Constitu-

---

La cita és llarga però expressiva del camí recorregut fins a la consagració plena de la superioritat constitucional i l'afirmació del Consell Constitucional com a guardià de la Constitució, fins i tot davant els possibles embats de la llei. A més, és significativa perquè data de 1984, la qual cosa ens pot donar una idea de quin era el sentir entre la doctrina en aquest moment previ de la Decisió de 25 de gener de 1985 que, com veurem, marcarà un punt d'inflexió decisiu en la concretització del paper del Consell com a baluard defensiu de la constitucionalitat de les lleis.

56. Jean Rivéro, *Le Conseil Constitutionnel et...*, op. cit., pàg. 135.

57. Bernard Poullain, *Remarques sur le modèle français...*, op. cit., pàg. 183.

58. José Luis Carro Fernández-Valmayor, «La doctrina del acto político», a *Revista de Administración Pública*, núm. 53, 1967, pàg. 73-130.

cional és una font creadora del dret,<sup>59</sup> perquè, d'aquesta manera, i sostenint-se sobre les seves construccions pròpies, el Consell pot anar pas a pas afermant-se en el seu nou rol.

#### 4. La Decisió de 25 de gener de 1985 (DC 85-187)

El recurs que va motivar aquesta Decisió va ser interposat per Jacques Chirac i Marc Bécam, juntament amb un grup de diputats i senadors, a l'empara de l'article 61.2 de la Constitució, i mitjançant aquest se sotmetia al dictamen del Consell Constitucional la llei relativa a l'estat d'urgència a Nova Caledònia i les seves dependències, d'acord amb la suposada incompetència del legislador per establir l'estat excepcional esmentat en absència d'una disposició expressa de la Constitució (l'article 36 d'aquesta regula l'estat de setge però no el d'excepció), i a la manca de consulta a l'assemblea territorial tal com disposa l'article 74 de la Constitució.

La solució que adopta el Consell és la de proclamar la conformitat de la llei amb la Constitució però en l'últim dels seus considerants assenyala: «... si la regularitat a la vista de la Constitució dels termes d'una llei promulgada pot ser vàlidament recorreguda amb ocasió de l'examen de disposicions legislatives que la modifiquen, la complementin o afectin el seu camp d'aplicació (*son domaine*), no haurà de ser el mateix ja que es tracta de la simple posada en aplicació d'una tal llei, per la qual cosa els arguments exposats pels autors del recurs no poden ser estimats».

A la vista de la decisió convindria separar dos tipus de qüestions: d'ordre material o de fons les primeres, i les segones d'ordre formal.

Pel que fa al seu abast material, s'ha de concloure que aquest és més aviat reduït, ja que es limita a establir que el fet que l'article 36 de la Constitució no faci al·lusió a l'estat d'excepció no significa que l'exclouï com a competència del legislador, ja que la Constitució no hauria abrogat la llei de 1955 que regula l'estat excepcional esmentat, sinó que l'hauria acollit sota el seu mantell, deixant-la afectada per la seva inspiració. Aquestes consideracions es fan en el marc d'una teorització de la salvaguarda de l'ordre públic com a objectiu de valor constitucional i *per se* enfrontable a les llibertats públiques.

En paraules de Wachsmann:<sup>60</sup> «la decisió incorre en el greu error de permetre al legislador crear règims d'excepció durant els quals les llibertats públiques podran ser més o menys greument desconegudes».

De molt més gran transcendència són les implicacions de forma que tenen la decisió per tal com és la primera vegada que el Consell, apartant-se dels seus propis precedents sòlidament assentats,<sup>61</sup> es reconeix competent per entrar a considerar la

---

59. Aquesta consideració pot fer-se a partir de la revolució operada per la Decisió del Consell Constitucional de 16 de juliol de 1946, mitjançant la qual la Constitució francesa dobla el seu volum per la sola voluntat del Consell Constitucional. *Vid.* Jean Rivéro, *Le Conseil Constitutionnel et...*, *op. cit.*, pàg. 168.

60. Patrick Waschmann, «Noras de Jurisprudència», a *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, juny 1985, pàg. 362-365.

61. Assenyaladament, la Decisió de 27 de juliol de 1978, en què va resoldre refusant abordar la constitucionalitat del monopoli de la radiodifusió, d'acord amb l'impediment d'ordre formal-temporal que suposava l'article 61 de la Constitució: «*La conformité à la Constitution de ces lois ne peut être mise en cause,*

constitucionalitat d'una llei promulgada, bé que dit reconeixement es faci d'una forma un tant tangencial i no sigui obstacle perquè, en el cas concret examinat, el Consell declari la llei que li ha estat tramesa com a conforme a la Constitució. En això hauran incidit —no es pot desconèixer— motius polítics, recels i temors davant la situació d'alteració de l'ordre públic que en aquell moment hi havia a Nova Caledònia. Això permet a Wachsmann<sup>62</sup> criticar agudament que el Consell ofereixi una decisió més rica en perspectives de futur que en satisfaccions de present.

Com a primera conseqüència per extreure de la decisió hi ha la de poder considerar ja oberta la via per a un possible control de constitucionalitat per la via d'excepció, la qual cosa asseguraria un complet control del legislador i eliminaria l'efecte distorsionador que sobre l'ordenament tenen les lleis-pantalla que, un cop promulgades, impedeixen al Consell efectuar un control dels textos que se li sotmeten en tota la seva extensió.

A partir d'aquesta Decisió es pot parlar d'una nova etapa en la submissió del legislador a les normes constitucionals, de manera que es fa virtualment operativa la revolució de què parlàvem més amunt en la presentació de la qüestió.

Una qüestió que la doctrina s'ha plantejat davant d'aquesta innovació del Consell és la de la legitimitat d'aquest per aquesta manera de procedir, en altres paraules, d'on neix la competència que li permet donar el salt qualitatiu i entrar a considerar la constitucionalitat de lleis ja promulgades, en contra del que és el principi general destacat a la Constitució. Uns autors<sup>63</sup> entenen que aquesta competència es troba implícitament en l'article 61 de la Constitució, ja que quan diu que el control s'efectuï abans de la promulgació, amb això no està volent impedir que s'efectuï després d'aquesta, sinó que simplement tractaria d'ordenar l'*iter* procedimental d'elaboració de la llei, inserint el control constitucional en aquest moment per provocar menys distorsions en l'ordenament jurídic. Altres autors sostenen que aquest control efectuat *a posteriori* és d'una naturalesa distinta a l'efectuat *a priori* (pensant en l'excepció d'inconstitucionalitat), de manera que el control de constitucionalitat entra dins de les competències d'atribució del Consell Constitucional.

## 5. Els principis de la Decisió

Per poder arribar a la conclusió de la possibilitat de control de constitucionalitat de la llei promulgada, i al mateix temps evitar una solució compromesa en el cas que li havia estat deferit, el Consell elabora una distinció subtil entre les disposicions que modifiquen, complementen o afecten el camp d'aplicació d'una llei promulgada, i aquelles altres que només suposen una posada en aplicació (*mise en application*) d'aquesta. D'aquest últim tipus considera que és la llei que se li sotmet (una mesura aplicativa de la llei de 1955 sobre l'estat d'urgència), de manera que, per a aquest cas concret, el control de constitucionalitat no seria viable, al temps que, sobre l'àmbit material,

---

*même par voie d'exception, devant le Conseil Constitutionnel dont la compétence est limitée par l'article 61 de la Constitution à l'examen des lois avant leur promulgation*» (La conformitat amb la Constitució no pot ser qüestionada, ni tan sols per la via d'excepció, davant el Consell Constitucional la competència del qual està limitada per l'article 61 de la Constitució a l'examen de les lleis abans de la seva promulgació).

62. Patrick Wachsmann, *op. cit.*, pàg. 365.

63. *Vid.* per tots, François Luchaire, «L'exception d'inconstitutionnalité», a *Les recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, sota la direcció de Francis Delpérec, París, 1991, pàg. 147.



li permet justificar la no-consulta a les assemblees territorials, atès que una mesura d'aplicació d'una llei no interessa «a l'organització particular dels territoris d'ultramar» (aquest és el requisit que l'article 74 de la Constitució estableix per exigir la consulta de les assemblees territorials).

Amb aquesta apreciació encara es fa més clar que el valor de la decisió està més en el que amaga que en el que mostra, més en el que té d'insinuadora que de reveladora.

De totes maneres s'ha de ressenyar que aquesta decisió, si bé important, no sorgeix del no-res, com mai no succeeix en el món de les institucions jurídiques, sinó que té uns antecedents, fins i tot indirectes, que les preanuncien. De la mateixa manera tampoc no es quedarà com una decisió aïllada sinó que tindrà una continuació i unes conseqüències envers el futur que tractarem de desentrançar.

1) Pel que fa als precedents, ens hem de referir a una sèrie d'intervencions del Consell mitjançant les quals declarava «inoperants» disposicions legals ja promulgades. Les primeres van ser tres decisions en relació amb l'article 31 de la Llei sobre orientació agrícola de 1960: decisions de 8 de setembre de 1961, de 18 d'octubre de 1961 i de 16 de gener de 1962, a les quals va seguir uns anys més tard la de 30 de gener de 1968. Totes elles es referien al repartiment constitucional de competències i, per això, eren emmarcables en el supòsit d'excepció de l'article 37 de la Constitució, però no per això deixaren de cridar l'atenció de la doctrina, perplexa davant la nova figura a què el Consell estava donant vida: la d'una disposició jurídica que, sense deixar d'existir (no es tracta d'una anul·lació, sinó d'un substitut d'aquesta improvisat i fràgil), no desplega els efectes que li són propis i això per decisió del Consell. De tota manera, l'audàcia és involuntària en la mesura en què, havent estat ja promulgada la llei, no quedava al Consell cap altra solució si volia enervar els seus efectes. En els termes de Broussolle, «la declaració d'inoperància de la llei en vigor és l'única sortida trobada pel jutge a l'*impasse* jurídic en què es trobava». <sup>64</sup> La declaració d'inoperància es presenta així com un expedient atènic però útil per omplir una llacuna de la Constitució: la dels conflictes actuals o potencials de normes; però, a més, el Consell intenta emprar l'expedient per assegurar el triomf de la norma «correcta», constitucionalment parlant, sobre una llei que ja ha estat promulgada i, per tant, ha esdevingut inatacable.

Una continuació i una ampliació alhora d'aquesta via es va produir per la Decisió d'11 de juny de 1981, que va afectar la matèria electoral. Parlem d'una ampliació perquè mentre amb les anteriors decisions el Consell efectuava repartiments de competències entre normes i òrgans, amb aquesta entra ja en el que és la protecció de les regles de fons contra lleis ja promulgades.

La base de suport d'aquesta línia decidida, el Consell no la va trobar en cap text, sinó que la va elaborar fent-se ressò de les jurisprudències consonants d'altres jurisdiccions a França i a l'estranger. <sup>65</sup>

Les conseqüències que es poden extreure d'aquesta innovació jurisprudencial s'entenen sobre dos tipus de qüestions: d'una banda, la sort que ha de córrer la norma afectada per la declaració d'inoperància, qüestió a la qual no es pot donar una resposta de conjunt sinó que s'haurà de determinar cas per cas; i d'altra banda el valor que s'ha

64. Denis Broussolle, *Les lois déclarées inopérantes...*, *op. cit.*, pàg. 755.

65. Denis Broussolle, *Les lois déclarées inopérantes...*, *op. cit.*, pàg. 753.

de donar a aquest text normatiu al qual s'ha negat la validesa però que continua en el món jurídic. Broussolle les considera com lleis de plans o lleis programa, amb un valor merament indicatiu, simples catàlegs d'orientacions i objectius.<sup>66</sup>

2) Pel que fa a les prolongacions de la Decisió de 25 de gener de 1985, s'han d'esmentar altres dues decisions que prenen el seu testimoni. Ens referim a la DC 89-256, de 25 de juliol de 1989, en matèria d'urbanisme i de noves aglomeracions urbanes, i a la DC 89-286, de 29 de desembre del mateix any, en relació amb la Llei de finances per a 1990.

En ambdues decisions es reprèn la diferenciació instaurada a la de 25 de gener de 1985 entre disposicions legislatives que modifiquen, completen o afecten el camp d'aplicació d'una disposició anterior i disposicions que són simples mesures d'aplicació d'altres. Ferstenbert<sup>67</sup> entén que la distinció és una simple manifestació d'un poder que el Consell Constitucional s'atribueix, i que comporta una diferència de tractament que alguns desitjarien veure desaparèixer.

És aquest mateix autor qui observa agudament que la via d'obertura que el Consell inicia amb aquesta decisió està limitada *a radice* per l'efecte de la distinció assenyalada ja que:

a) Si el control exercit pel Consell ho és sobre una llei votada en el Parlament, i el resultat de l'examen és la no-conformitat d'aquesta amb la Constitució, és lògica conseqüència que tampoc no han de gaudir d'aquesta conformitat les disposicions que es connectin amb aquesta d'una manera directa en la mesura en què la proclamada inconstitucionalitat d'una s'estén necessàriament a l'altra.

b) Si el control s'exerceix sobre una llei que és una simple mesura aplicativa d'una altra llei promulgada, el propi principi de no-justiciabilitat de la llei promulgada s'imposa contra la pretensió del Consell d'incidir en la seva constitucionalitat.

D'aquesta manera una mica fosca, el Consell aconsegueix efectuar una espècie de control incidental de la llei promulgada. Diem que el control efectuat és incidental ja que perquè tingui lloc és necessària l'existència de certes relacions entre la llei promulgada i la recorreguda. Les relacions que hi ha d'haver entre l'una i l'altra són, en paraules de Ferstenbert,<sup>68</sup> de dues classes: d'utilitat i de solidaritat. D'*utilitat* en el sentit que les disposicions de la llei promulgada només seran examinades pel Consell en la mesura que aquest examen sigui útil a l'examen principal, que és el de la llei que se li ha tramès. De *solidaritat* en el sentit que és necessari que una i altra norma formin un cos conjunt, de manera que els vicis d'una afectin l'altra per formar amb ella una unitat.

Una altra de les característiques del control de la llei promulgada és la seva *funcionalitat*, en el sentit que el control esmentat s'efectua perquè resulta funcional per al control de la llei recorreguda i d'això es deriva un dels seus límits: només els termes de la llei promulgada poden ser, en la mesura que hem vist, revisats, però no els

66. Denis Broussolle, *Les lois déclarées inopérantes...*, *op. cit.*, pàg. 768-771.

67. Jacques Ferstenbert, «Le contrôle, par le Conseil Constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées», a *Revue du Droit Public*, 1991, pàg. 339-391.

68. Jacques Ferstenbert, «Le contrôle, par le Conseil Constitutionnel...», *op. cit.*, pàg. 368 i ss.

possibles vicis que patís en el seu procediment d'elaboració. Això expressa clarament que la intenció no és el control profund de les lleis promulgades viciades d'inconstitucionalitat, com el control d'aquestes en la mesura en què és útil per al control de la llei recorreguda, amb vista a eliminar incongruències de l'ordenament. L'altre límit amb què es troba el control incidental de la llei promulgada és el de l'autoritat de cosa jutjada que juga a favor de les disposicions de la llei que, al seu dia, ja hagin estat objecte d'un pronunciament específic per part del Consell.

Per concloure l'anàlisi de la Decisió, ens detindrem, ni que sigui breument, en les conseqüències d'aquesta. El primer interrogant que sorgeix és el de quina és la sanció que el Consell Constitucional adopta amb la llei promulgada la constitucionalitat de la qual acaba de declarar. La resposta és simple: cap. El Consell no pot eliminar de l'ordenament una disposició promulgada per més que l'hagi titllada d'inconstitucional. No disposa d'expedient tècnic per a això. Si la qüestió es detingués aquí pensàriem que per assolir aquestes conclusions tan pobres no era necessària una elaboració tan complexa. La via de sortida a aquesta espècie de carreró en què sembla trobar-se la qüestió podria trobar-se en les previsions de l'article 62 de la Constitució, en el sentit d'afirmar que les decisions del Consell Constitucional s'imposen als poders públics i a totes les autoritats administratives i jurisdiccionals. D'aquesta manera, la responsabilitat sobre l'eficàcia ulterior que hagi de tenir la llei declarada constitucional recau sobre els operadors jurídics, la qual cosa fa sentir la necessitat d'arbitrar una sortida que elimini la inseguretat jurídica que generen aquest tipus de situacions. Aquesta sortida podria ser, ho veurem a l'epígraf següent, la introducció en el sistema de justícia constitucional francès de l'excepció d'inconstitucionalitat, però el camí fins aquí veurem que no està exempt de dificultats, en primer lloc perquè la via oberta per la decisió examinada no ho és exactament a l'excepció d'inconstitucionalitat, atès que el control que s'efectua de la llei promulgada és del tot funcional i guarda una relació d'utilitarietat amb el control de la llei recorreguda; és a dir, no és un control autònom, destinat a jutjar la conformitat o no conformitat constitucional de la llei promulgada.

## 6. L'horitzó evolutiu

Posats a observar l'horitzó evolutiu que es perfila després de la decisió que acabem de comentar i les que segueixen, destacarem una línia de previsible desenvolupament vers el futur, que incorpora una doble dimensió: d'una banda, *a)* els esforços i debats tendents a assolir la reforma constitucional per incloure-hi el control de constitucionalitat de les lleis per la via d'excepció; i d'altra banda, *b)* el procés obert en aquests moments orientat a donar majors possibilitats de participació als ciutadans per accionar davant el Consell Constitucional.

### A) *El control de les lleis per via d'excepció*

Recentment (anys 1990 i 1993) s'ha plantejat a França la possibilitat d'introduir una reforma constitucional que inclogui la possibilitat del control de les lleis per la via d'excepció. No obstant això, s'ha de tenir en compte que els primers intents en aquesta direcció daten ja de 1903, represa en la seva integritat el 1907, de 1924 i de

1925. La primera de les proposicions defensada per Jules Roche i Charles Benoist tendia a instituir un Tribunal Suprem per conèixer en relació amb els afronts als drets i a les llibertats dels ciutadans. El projecte de 1907 va ser sostingut per Charles Benoist i defensava els mateixos plantejaments que la seva predecessora. M. Bonnet va ser l'introduïdor, l'any 1925, d'un projecte de creació d'un Tribunal Suprem, a imitació de la dels Estats Units. L'última de les proposicions, la de 1925, obra d'Engerand, desenvolupava les mateixes premisses que la de 1903.

El denominador comú de totes aquestes propostes<sup>69</sup> és el desig de protegir la llibertat individual amenaçada per les usurpacions d'un Estat que a començament del segle XX havia començat a mostrar-se com omnipotent. El fet per destacar és la consciència que l'amenaça per als drets i llibertats pot provenir de la llei, que fins aquest moment havia estat considerada infal·lible en tant que expressió suprema del poble sobirà. És significativa la constatació que el poder de l'Estat pot ser opressor. De totes formes, cap d'aquestes iniciatives va prosperar, la qual cosa mostra que el dret públic francès considera, fins i tot en el primer quart d'aquest segle, que el Parlament expressa la voluntat de la nació que, per naturalesa, expressa el que aquesta desitja. Mentre no es prengui consciència que la majoria parlamentària no representa necessàriament la majoria real del país, sinó que els mecanismes electorals i els jocs de les majories i les minories dins de les cambres poden desvirtuar en gran mesura la *volonté générale*, no es pot abordar amb seriositat la instauració d'un ordre jurisdiccional encarregat del control de l'ajustament de la llei a una norma que se situa en un nivell superior a aquesta; sobretot quan aquest òrgan no ha nascut de l'elecció pública i no és políticament responsable. No obstant això, des del moment que la llei és susceptible de no reflectir els veritables desitjos de la societat, el principi d'aquest control pot ser admès.<sup>70</sup> Acceptat això, les possibilitats tècniques són dues: que aquest control s'articuli per via d'acció o per via d'excepció. L'opció que van fer totes les propostes revisores de la Constitució ho van fer a favor de la via d'excepció, d'aquí els recels amb què es van trobar perquè en l'àmbit polític, el terme «excepció» invoca el control de tipus americà, la qual cosa fa sorgir immediatament l'espectre del govern dels jutges i el temor a un poder judicial omnipresent.<sup>71</sup>

Renoux,<sup>72</sup> en la seva anàlisi de la coneguda «excepció», conclou que no és tant una excepció en el sentit processal del terme (amb virtualitat paralizadora del procés a la instància), com una veritable qüestió prejudicial, mentre que, en últim terme, seria el Consell Constitucional el cridat a decidir. Com a qüestió prejudicial, reuniria unes característiques específiques que poden resumir-se en tres notes bàsiques:

1. Ha de referir-se a una qüestió de dret.
2. Deroga el principi de plenitud de jurisdicció en cada un dels dos ordres jurisdiccional (administratiu i judicial), introduint-hi un tercer ordre de jurisdicció interna, l'ordre constitucional.

69. Michel Verpeaux, «Le contrôle de la loi par la voie d'exception dans les propositions parlementaires sous la III<sup>e</sup> République», a *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, pàg. 688-698.

70. Michel Verpeaux, «Le contrôle de la loi...», *op. cit.*, pàg. 696.

71. Thierry S. Renoux, «L'exception, telle est la question», a *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, pàg. 651-658.

72. Thierry S. Renoux, «L'exception...», *op. cit.*, pàg. 653-655.

3. Confirma l'existència d'una competència exclusiva del Consell Constitucional per apreciar la conformitat de les lleis a la Constitució; això és, allunyant-se del model americà de control difús, el model per implantar a França aniria en la línia de reservar el monopoli del control de constitucionalitat per al Consell Constitucional.

Una alternativa original a la plantejada per la reforma del model és la que proposa Poullain des d'una perspectiva autocomplaent amb el sistema francès i tendent a la conservació de les línies fonamentals d'aquest: es tractaria d'introduir-hi un dret de recurs molt estrictament definit i obert a una autoritat qualificada.<sup>73</sup> Es tractaria d'un control *a posteriori* però excepcional i de caràcter abstracte. La proposta d'aquest autor parteix de la base de considerar que és molt difícil que, ateses les característiques de la producció normativa a França, es produeixin evasions al control de constitucionalitat preventiu d'aquelles lleis la conformitat de les quals amb la Constitució pogués ser dubtosa. D'aquí que el control *a posteriori* aparegui com una cosa per a casos excepcionals, com una peça de tancament d'un sistema que tendeix a la perfecció.

Per concloure direm que, tot i que la reforma encara no s'ha consumat, és molt possible que ens trobem a les vigílies d'aquesta, i prendrem unes paraules de Pizzorosso,<sup>74</sup> el qual adverteix que «qualsevol que sigui la gènesi del procediment relatiu a les proposicions de llei constitucional i de llei orgànica tendent a introduir a França el control incidental de les lleis, el procés en curs apareix —el fet és destacable— com un símptoma important de la superació de la dicotomia apareguda fa quasi dos-cents anys sobre la manera de concebre el paper de la Constitució i la relació en què aquesta es troba amb la llei, i que es podria expressar, sintèticament, recordant l'oposició entre la posició adoptada per Hamilton en el núm. 78 del *Fédéraliste* i per Marshall a la Sentència *Marbury v. Madison*, i la concepció que estava en la base de les proposicions avançades a França per Sieyès durant la fase post-revolucionària».

Passem ara, i per concloure, a examinar la segona de les línies d'evolució que havíem proposat a l'inici de l'epígraf, tractant de veure l'estat actual de la qüestió i les perspectives d'avenç futur.

#### B) *La participació dels ciutadans en el procés de control de constitucionalitat de la llei*

El procés iniciat pot ser contemplat com un tercer esglaó del camí envers el ple control de constitucionalitat de les lleis. En efecte, si observem que en un primer moment el Consell refusava sistemàticament conèixer els recursos contra lleis promulgades emparant-se en la limitació de la seva competència per l'article 61 de la Constitució, i en un segon moment reorienta la seva posició acceptant l'examen esmentat «amb ocasió de l'examen de disposicions legislatives que la modifiquin, la completin o afectin el seu domini», podem ara estimar que les propostes de reforma constitucional dels anys 1990 i 1993 pretenen donar un pas més<sup>75</sup> introduint el control per la via d'excepció, articulada tècnicament d'acord amb un protagonisme real dels ciutadans

73. Bernard Poullain, «Remarques sur le modèle...», *op. cit.*, pàg. 193.

74. Alessandro Pizzorosso, «Un point de vue comparatiste sur la réforme de la justice constitutionnelle française», a *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, pàg. 659-671.

75. En aquest sentit s'expressa Jacques Viguiet a «La participation des citoyens au processus de contrôle de constitutionnalité de la loi dans les projets français de 1990 et 1993», a *Revue du Droit Public*, 1994, pàg. 969-999.

que, sota certes condicions, podrien recórrer davant el Consell Constitucional per a la defensa dels seus drets si aquests han estat desconeguts. Els projectes no van arribar a prosperar pel fet que en ambdues ocasions va oposar el Senat, fins i tot quan tenien el suport decidit de Mitterrand, desitjós de deixar la seva empremta presidencial en la vella Constitució de 1958.<sup>76</sup>

En tot cas interessa destacar que la pretensió de participació del ciutadà es vialitzava en els projectes d'una manera condicionada, ja que no apareixia com una possibilitat oberta a qualsevol ciutadà sinó només al ciutadà «justiciable», és a dir, aquell que està immers en el curs d'un litigi per a la resolució del qual és necessari el pronunciament del jutge constitucional en relació amb la conformitat o no d'una llei amb la Constitució. Amb tot, l'avenç és enorme perquè eliminaria *a radice* la possibilitat que una llei inconstitucional fes pantalla davant la Constitució per emparar els afronts als drets dels ciutadans.

Pel que fa a l'àmbit objectiu, hem d'assenyalar que en el text de 1990 s'esmentaven com a objecte de recurs per la via d'excepció «les disposicions de llei que concernen els drets fonamentals reconeguts a tota persona per la Constitució», mentre que l'any 1993 la fórmula havia estat lleugerament modificada: «una disposició de llei que impliqui atemptat contra els drets fonamentals reconeguts a tota persona per la Constitució». En tot cas, l'element comú és la referència a la noció de *drets fonamentals*, la qual cosa distanca el projecte francès dels altres sistemes europeus de control incidental, en els quals és invocable la violació de *totes* les regles constitucionals.<sup>77</sup> Per evitar la possible allau de recursos davant el Consell un cop expedida la via es va preveure un *double filtrage* jurisdiccional,<sup>78</sup> de manera que els recursos arribessin al Consell un cop superat el doble sedàs de la instància inicialment requerida i de la instància suprema de cada ordre jurisdiccional, la qual cosa vindria a equivaler a deixar bona part del control d'oportunitat del recurs en mans de les mateixes autoritats judicials, les quals haurien de tenir en compte que es complissin acumulativament una sèrie de condicions:

- Que la disposició recorreguda sostingui l'existència del judici, la validesa del procediment o constitueixi el fonament de la petició.
- Que ja no hagi estat declarada conforme a la Constitució pel Consell.
- Que la qüestió no sigui manifestament sense fonament.

76. Expressament, en l'exposició de motius del projecte de llei constitucional de 30 de març de 1990 es diu: «Un cop promulgada la llei, la seva constitucionalitat ja no pot ser qüestionada davant el Consell Constitucional i les jurisdiccions administratives i judicials refusen exercir aquest control per la via d'excepció. Així, totes les disposicions legislatives que no han estat examinades pel Consell s'imposen a tothom encara que es pugui dubtar de la seva conformitat amb la Constitució. Aquesta llacuna no és acceptable en un país com França. Ho és menys atès que en un nombre creixent d'estats europeus el problema ha estat resolt gràcies a la instauració, per la seva Constitució, d'un doble control de constitucionalitat, exercit per la via d'acció segons la diligència de les autoritats públiques, i per la via d'excepció, amb ocasió d'un procés jurisdiccional, a iniciativa de les parts o del jutge».

L'al·lusió a la iniciativa judicial o control de constitucionalitat d'ofici per la via d'excepció ens indica que el control esmentat s'intenta implantar amb entitat de mitjà d'ordre públic.

77. Així ho fa notar Louis Favoreu, fent referència a l'excepció belga, a «L'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 4, 1990, pàg. 587.

78. *Vid.* en relació amb aquest tema, Louis Favoreu, «L'élargissement...», *op. cit.*, pàg. 589-592.

En l'apreciació de la concurrència d'aquest últim requisit és on es deixa un marge més ampli a la discrecionalitat judicial,<sup>79</sup> si bé s'hauria de considerar aquest requisit com de mínims perquè la via oberta als ciutadans no es converteixi en paper mullat.

Pel que fa als efectes de l'eventual decisió del Consell, ambdós projectes es decanten per atorgar-li una efectivitat *ex nunc* o cap al futur des de la data de la publicació d'aquesta. Al mateix temps l'efectivitat directa es concep com *erga omnes* a fi que afecti tots els altres litigis en curs la data en què es produeixi, de manera que si la disposició atacada és declarada inconstitucional, les parts embarcades en altres litigis no poden plantejar, al seu torn, l'excepció d'inconstitucionalitat si haguessin tingut intenció de fer-ho.<sup>80</sup>

## 7. Unes notes per concloure

Darrere l'interès per la reforma s'amaga, alhora que una qüestió política encaminada a fer efectiu el gaudiment dels drets pels ciutadans, una altra qüestió que podria adjectivar-se com a sublimació del *chauvinisme* francès, tendent a evitar el «despenjament» del sistema francès de protecció constitucional dels drets i llibertats, respecte a les quotes assolides pels seus veïns europeus; i fins i tot una tercera qüestió, aquesta d'índole més pragmàtica, orientada a impedir que la sanció als desconeixements de drets i llibertats esdevinguts a França i no controlats pel Consell vingui imposada des de fora, la qual cosa es podria produir, en principi, per dues vies:

a) d'una manera indirecta mitjançant la protecció que el Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea podrà efectuar en cas que es produeixi lesions als drets i llibertats que són objecte de protecció pel dret comunitari. En dret comunitari no hi ha una carta de drets i llibertats pròpiament dita, però mitjançant la protecció dels drets d'índole econòmica, que en aquest té gran transcendència, pot efectuar en un moment determinat una protecció col·lateral de drets i llibertats de contingut polític.<sup>81</sup>

b) d'una manera directa, mitjançant la protecció dispensada als ciutadans pel Tribunal Europeu de Drets Humans, els quals poden plantejar davant d'aquest aquelles qüestions que afectin els drets i les llibertats que a França haguessin estat desateses.

Les resolucions d'ambdós tribunals són directament i immediatament executables a França, la qual cosa implicarà, en cas de produir-se decisions estimatòries, la introducció en la vida jurídica interna d'efectes que en un principi no havien estat desitjats o a l'atenció dels quals no s'havia prestat el tractament adequat.

Tot això són raons que juguen a favor de l'esperada i, al mateix temps, temuda reforma. No obstant això, en la data en què s'escriuen aquestes pàgines la reforma

79. Louis Favoreu arriba a dir que, en realitat, és el jutge qui fa iniciar (*déclenche*) el procés, a «L'élargissement de la saisine...», *op. cit.*, pàg. 591.

80. Jacques Viguier, «La participation des citoyens...», *op. cit.*, pàg. 996.

81. Ens referim als supòsits en què el TJCE coneix de casos referits a temes com la lliure circulació de persones, béns i capitals, la protecció del qual pot generar al mateix temps una protecció de la llibertat de circulació, transcendent així el contingut econòmic inicial del dret per assolir la dimensió política d'aquest.

esmentada encara no s'ha produït, tot i que veus molt autoritzades<sup>82</sup> ja hagin expressat la seva opinió que en l'àmbit jurídic són pocs els arguments que poden esgrimir-se contra la instauració de l'excepció d'inconstitucionalitat. I afegeixen: «... És, més que els textos, la tradició nascuda de la Revolució, és a dir, el temor a la immixció dels cossos judicials en les reformes revolucionàries, el que explica a França el refús a l'excepció d'inconstitucionalitat de les lleis promulgades. França no pot quedar-se al marge d'aquest gran moviment que, per assegurar la més completa protecció dels drets i les llibertats, ha permès l'excepció d'inconstitucionalitat en tots els països que admeten el control de la constitucionalitat de les lleis.»<sup>83</sup>

Tot esperant que la reforma es concreti, el que en aquest moment de l'evolució ja es pot observar és que el model francès de justícia constitucional es va apropant progressivament als seus homònims europeu-continentals.<sup>84</sup> En efecte, en el moment de la seva creació l'atenció del Consell va anar encaminada al reforçament de l'executiu i al debilitament del Parlament: no es va voler fer del Consell el garant de l'estat de dret; aquesta funció era desenvolupada tradicionalment pel Consell d'Estat, bé que limitat al coneixement dels actes administratius, de manera que quedaven fora del control els actes legislatius. El Consell era un simple guardià del Parlament. Per això es podia parlar del model francès com un *tertium genus* entre els models de justícia constitucional americà i europeu-continentals o austro-kelsenian, ja que encara que formalment s'assemblés a aquest últim en la dada de la concentració de la facultat de control en un sol òrgan, posseïa característiques pròpies que el feien mereixedor d'una menció a part, alhora que d'un judici negatiu per les llacunes que contenia (i que encara conté, en menor mesura) pel que fa a la protecció de drets i de llibertats, tasca que es revela com d'importància capital en la configuració de qualsevol dels altres integrants de la categoria.

Després de les reformes que s'hi van efectuar,<sup>85</sup> avui la missió del Consell s'encamina envers la defensa de les llibertats públiques i la garantia dels drets de les minories, i podem dir que l'apropament s'ha produït, tot i que encara quedin llacunes importants. S'ha avançat un pas transcendent, que és la presa de consciència de la perfectibilitat del model i de la necessitat d'avançar en aquesta direcció. La concretització d'aquesta dependrà dels avatars polítics i estarà en bona mesura llastada (a més de la tradició francesa) per l'evident complexitat que incorporaran la introducció en el sistema d'un mecanisme de control de constitucionalitat de lleis promulgades que ja han produït els seus efectes, i l'obertura de la via de recurs davant el Consell Constitucional als ciutadans.

Cal esperar que les reticències siguin contrarestades amb una voluntat superadora i efectivament garantista dels drets i llibertats dels ciutadans, per assolir una defensa forta de l'estat de dret. Reprenent les paraules de Troper, «la democràcia no és la voluntat de la majoria sinó la voluntat general i aquesta s'expressa pels representants. El jutge constitucional és un d'aquests representants. Això permet solucionar les

82. François Luchaire, «L'exception d'inconstitutionnalité», a *Les recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, sota la direcció de F. Delpérée, París, 1991, pàg. 143-152.

83. *Ibidem*.

84. La mateixa observació la fa Pierre Bon a «Le Conseil Constitutionnel français et le modèle...», *op. cit.*, pàg. 72.

85. En especial després de les decisions de 16 de juliol de 1971 i de 29 d'octubre de 1974, les quals ja han estat objecte de la nostra atenció (*supra*).



dificultats plantejades pels projectes per a l'admissió de l'excepció d'inconstitucionalitat. [...] També és clar que l'existència d'una justícia constitucional pressuposa un concepte de democràcia definit no com a govern del poble pel poble mateix, sinó com a govern d'una voluntat general en part formada per la influència que el poble exerceix per l'elecció directa o indirecta dels que l'expressen».<sup>86</sup>

---

86. Michel Troper, *Justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, pàg. 47.

