

# L'IRRIGATION DU DROIT PAR LES DÉCISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

## 1

Le sujet proposé, par son énoncé même, repose assurément sur un double préjugé, favorable aux décisions du Conseil constitutionnel. D'une part, parce que l'irrigation est processus créateur, régénération. D'en haut, coulerait ainsi une jurisprudence constitutionnelle qui viendrait offrir au droit une forme de renaissance. Irrigation et non assèchement ou dégénérescence. Il devrait donc être question de bienfaits constitutionnels.

D'autre part, parce que le thème repose également sur l'idée d'un mouvement à sens unique, du Conseil constitutionnel vers le droit – public aussi bien que privé –, comme si la voie inverse ne pouvait être féconde. *Quid* pourtant de l'irrigation des décisions du Conseil constitutionnel par le droit non constitutionnel : la réciprocité serait-elle impossible, la hiérarchie des normes réduisant en quelque sorte le jeu des influences qui pourraient exister entre le Conseil constitutionnel et l'ensemble du droit ?

## 2

Ces présupposés, à vrai dire, n'ont rien de surprenant. Voilà désormais plus d'un quart de siècle que, derrière une appellation plus prospère et au succès bien assuré, se propage l'idée d'une *constitutionnalisation* du droit, sous l'égide du Conseil constitutionnel. L'expression, devenue slogan, caractérise un phénomène par lequel se manifesterait l'influence de la Constitution ou du Conseil constitutionnel sur une ou plusieurs branches du droit. Le droit privé comme le droit public – non constitutionnel, par hypothèse ! – se colorerait ainsi d'aspects constitutionnels. Bienfait, sans nul doute, puisqu'il faudrait voir ici la marque d'une

influence croissante des droits fondamentaux, dont on peine à penser qu'ils puissent avoir quelque effet négatif sur le droit positif. N'assure-t-on pas d'ailleurs qu'un tel essor du droit constitutionnel sous l'égide du Conseil constitutionnel constituerait un progrès du droit ?

### 3

Il n'est plus d'époque de revenir sur l'origine même du phénomène, auquel la présente revue avait eu l'intuition de consacrer, voilà plus de quinze ans, un important numéro. Nul n'ignore plus les différentes étapes de la montée en puissance du Conseil constitutionnel, depuis le début des années 1970. On sait les audaces prétoriennes de toutes sortes du Conseil, qu'il s'agisse d'interpréter les normes constitutionnelles pour ainsi ériger ce « bloc constitutionnel » devenu bible pour certains, ou de procéder à l'interprétation des lois soumises au contrôle constitutionnel. La caisse de résonance est venue de l'élargissement, dès 1974, de la saisine, dont l'effet, bien digéré à présent, est désormais d'appeler d'autres réformes, plus franches. Il en est résulté une intervention croissante du Conseil constitutionnel dans la plupart des secteurs du droit. Certains sont évidemment plus exposés, parce que ayant davantage vocation à favoriser les saisines et à appeler le contrôle : les lois pénales ou les lois sociales représentent ainsi une partie importante de l'activité du Conseil. La période récente l'a nettement manifesté : lois sur les 35 heures, loi de modernisation sociale, loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi... avec le Conseil constitutionnel, le droit social compose sans nul doute avec un nouveau partenaire.

### 4

De ces décisions qui s'accumulent, pour concerner à des degrés divers l'ensemble du droit, une partie de la doctrine a tôt fait de conclure à la constitutionnalisation des diverses branches du droit : constitutionnalisation du droit pénal, du droit du travail, du droit civil, du droit des affaires, du droit administratif, etc. Pour autant, une telle conclusion pourrait ne pas persuader. Que des problèmes relevant de diverses branches du droit pénètrent les décisions du Conseil constitutionnel n'atteste pas, en retour, l'influence du Conseil constitutionnel sur l'ensemble du droit. Conclure à une constitutionnalisation du droit à partir des seules décisions du Conseil constitutionnel revient à confondre le point d'émergence de la source avec son point d'aboutissement. La source coule, mais encore point de signe d'irrigation. Plus encore, que le Conseil censure la loi et celle-ci ne verra pas le jour ; qu'il

la valide et elle entrera en vigueur sans subir de modification. Le Conseil a peut-être modifié le droit, en empêchant certaines dispositions de devenir droit positif. Mais, pour autant, où est alors l'irrigation ? Faudrait-il nuancer en tenant compte des réserves d'interprétation, par lesquelles le Conseil n'admet la constitutionnalité du texte qui lui est déféré que sous la condition du respect de l'interprétation qu'il en propose ? Il reste que la réserve ne vaut jamais que si elle est entendue. L'irrigation est toujours affaire de devenir.

## 5

Il est vrai qu'une première forme d'influence s'opérera en amont des décisions, sur l'élaboration même de la législation. Le législateur, destinataire premier du message, devra l'écouter pour, en amont du vote des lois, prévenir les inconstitutionnalités et expurger les projets et propositions à venir des motifs de censure déjà dénoncés à l'occasion du contrôle d'autres textes. Nombre de gouvernants ont ainsi déclaré vouloir anticiper sur le contrôle de constitutionnalité, invitant à l'intégration de la jurisprudence constitutionnelle dans le processus d'élaboration des lois. C'est là l'effectivité idéale : le contrôle du Conseil devient inutile, comme le serait celui du juge pénal dans une société dans laquelle les hommes ne commettraient plus d'infraction. C'est l'effectivité silencieuse, sans contentieux, l'irrigation du droit à sa source première, celle de la loi. Retenons donc d'emblée que l'influence du Conseil se fait sentir sur des textes dont il n'aura pas même à connaître : le nouveau code pénal, en intégrant diverses prescriptions formulées par le Conseil constitutionnel, en est l'illustration la plus notable. C'est la peur du gendarme.

## 6

Pour le reste, en aval, tout sera affaire de diffusion. Si elles devaient n'être pas écoutées ou même entendues au-delà de ce qu'elles prononcent, les décisions du Conseil constitutionnel resteraient en effet un phénomène à faible portée juridique, essentiellement rouage du processus politique d'élaboration du droit. Le Conseil ne serait alors qu'un acteur – supplémentaire – de l'élaboration des textes législatifs. Pour que les décisions du Conseil constitutionnel puissent influencer sur les autres branches du droit, il faut qu'elles prennent part au processus de décision devant le juge administratif ou judiciaire. On comprend alors aisément la tentation doctrinale d'aller chercher jusque dans les moindres décisions de tribunaux d'instance la preuve d'une attention croissante prè-

tée au Conseil. La question de l'irrigation n'est pas pure question objective : elle est enjeu de pouvoir et objet de dissensions doctrinales.

7

On saisit aisément le fil rouge qu'invite à suivre le thème ici proposé : par quelle alchimie pourrait bien s'opérer la transformation d'une source qui n'est en première intention que constitutionnelle et érigée uniquement en rempart contre certaines lois, en source des autres branches du droit, apte à influencer sur les relations juridiques de tout un chacun, particuliers entre eux ou dans leurs rapports à l'administration ? Entre le message contenu dans un considérant isolé et sa diffusion dans l'ordre juridique, quels facteurs permettraient la circulation du modèle constitutionnel ? Face à ces interrogations, l'enjeu est bien de savoir si le système juridique a effectivement évolué sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans quelle mesure il s'est adapté à cette constitutionnalisation. Si l'analyse révèle une indiscutable influence du Conseil constitutionnel, elle atteste, dans le même temps, que l'acclimatation du système juridique aux décisions du Conseil est encore loin d'être parfaite. Le thème proposé invite ainsi à souligner les marques d'une évolution du système juridique sous l'influence du Conseil constitutionnel avant de pointer les lacunes et déficiences qui subsistent.

92

## LES MARQUES D'UNE ÉVOLUTION DU SYSTÈME JURIDIQUE SOUS L'INFLUENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

8

Bien qu'il intervienne par hypothèse en amont de l'application de la loi, puisqu'il précède sa promulgation même, le jugement de constitutionnalité recèle une triple prétention à rayonner au-delà.

D'abord, parce que les décisions du Conseil présupposent par hypothèse la normativité des dispositions constitutionnelles sur lesquelles elles reposent. L'essor du contrôle de constitutionnalité a ainsi pour corollaire une juridicisation des droits fondamentaux, qui devrait logiquement se manifester au-delà des seules décisions du Conseil, pour influencer, en aval, sur celles des juridictions ordinaires. La constitutionnalisation des droits de la défense, de la liberté individuelle, du droit au respect de la vie privée, de la notion d'économie des contrats, du principe de la responsabilité individuelle pour faute, de la liberté de

conscience ou de religion, pourrait-elle rester sans incidence sur les jugements et arrêts à venir ?

Ensuite, parce que le Conseil constitutionnel lui-même a développé une technique faite pour donner à ses décisions une prise sur l'application des textes examinés : on vise ici, évidemment, cette belle invention que constituent les réserves d'interprétation. La constitutionnalité sous condition qui en résulte est précisément une manière pour le Conseil de sortir de cette alternative qu'il a bien dû juger sclérosante, selon laquelle il ne peut que déclarer la loi contraire ou conforme à la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité prétend désormais connaître un destin bien au-delà de cette seule étape de la procédure législative, situé entre le temps du vote et celui de la promulgation de la loi.

Enfin, parce que le Conseil, lorsqu'il rend une décision à propos de la loi dont il est saisi, en vient nécessairement à délivrer un message qui vaut au-delà de cette seule loi, pour des textes législatifs qui contiendraient des dispositions similaires à celles expressément examinées. Le contrôle de constitutionnalité d'une loi est toujours indirectement un contrôle d'autres textes qui ont pu échapper à son examen. Mais puisque précisément celui-ci n'a pas eu lieu, le relais pourrait bien être pris par les juges chargés de l'application des textes. Le contrôle de constitutionnalité d'une loi survivrait à son objet premier. Il n'est pas exagéré de penser que l'existence d'un contrôle de constitutionnalité centré sur certaines lois est en soi une manière d'inviter à un contrôle généralisé de la loi.

93

## 9

Voilà pourquoi du côté des juges dits ordinaires, les décisions du Conseil constitutionnel résonnent de plusieurs bruits.

Le premier signe de cette influence s'est traduit par une reconnaissance du caractère normatif des principes et droits constitutionnels qui constituent le « bloc de constitutionnalité ». C'était le moins : la juridicisation du droit constitutionnel, sous l'égide du Conseil constitutionnel, a contribué à transformer la nature des énoncés contenus dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1946 ou encore ceux formulés dans le corps de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a fait basculer ce que certains pouvaient considérer comme une littérature des droits de l'homme du côté du droit.

Cette juridicisation connaît un net écho, qui retentit dans l'ensemble du droit. Ainsi, dans un univers juridique constitutionnalisé, qui met

à son sommet les droits constitutionnels, la portée d'une référence aux principes constitutionnels est désormais tout à la fois symbolique et juridiquement efficace. La première chambre civile de la Cour de cassation peut alors considérer que le devoir d'information de son patient « trouve un fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine<sup>1</sup> », la Chambre sociale se référer au droit de grève, « constitutionnellement reconnu<sup>2</sup> » et le Conseil d'État invoquer la liberté de religion fondée sur l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme<sup>3</sup>. Le sceau constitutionnel vient permettre le jugement en même temps qu'il assoit sa force, puisque c'est le sommet lui-même qui justifierait la décision.

94 **10**

À ce stade, l'irrigation ne vaut pas nécessairement collaboration. Que le système juridique se constitutionnalise peut être une conséquence de l'essor du contrôle de constitutionnalité sans attester une influence des décisions elles-mêmes. Pour que cette dernière se manifeste, il faut que le juge accepte de répondre aux invitations précises lancées par le Conseil constitutionnel.

Aussi, en quête de preuves d'une influence du Conseil constitutionnel, on sera tenté de souligner nombre d'hypothèses dans lesquelles les juges vont effectivement interpréter la loi de la manière voulue par le Conseil : le contrôle de constitutionnalité de la loi devient bien, en ce cas, ce que certains pourraient considérer comme une forme de contrôle délégué dès lors que le juge ordinaire se fait le garant d'une constitutionnalité préalablement admise sous condition. La manifestation devient patente lorsque le juge suit pas à pas la réserve d'interprétation qui aura pu être préalablement émise : le Conseil d'État a ainsi à diverses reprises accepté de mettre en œuvre les prescriptions posées par le Conseil constitutionnel, attestant, en ces hypothèses que la doctrine constitutionnaliste aime à souligner, une entente parfaite entre juges du Palais-Royal et, dans le même temps, une suprématie du juge constitutionnel sur son homologue administratif. Ce dernier n'est-il pas allé

---

1. Civ., 1<sup>re</sup>, 9-10-2001, *D*, 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin; *JCP* éd. G, 2002, II, p. 10045, note O. Cachard.

2. Nombreuses décisions, dont Cass. soc., 7-6-1995, *Droit social*, 1995, p. 835, obs. J.-E. Ray.

3. Par ex. CE, 28-9-1998, *Ass. séfaraide de Mulhouse*, *RFDA*, 1998, p. 1275.

jusqu'à laisser entendre que la réserve doit être scrupuleusement appliquée même si elle peut conduire à des aberrations<sup>4</sup> ?

## 11

Fructueuse, la collaboration franchit une étape lorsque le juge ordinaire prend appui sur des dispositions supralégislatives en s'inspirant du Conseil constitutionnel, voire en l'imitant. Certaines décisions de justice ont ici valeur d'exemple, au point d'être devenues modèles du genre – idéal – d'une réception de la jurisprudence constitutionnelle<sup>5</sup>. Le juge ordinaire ne devient-il pas alors juge constitutionnel à son tour ? C'est assurément le cas lorsqu'il procède à un contrôle de conventionnalité de la loi sur le fondement de normes identiques à celles prises en compte par le Conseil constitutionnel. Il opère bien alors un contrôle de constitutionnalité, que l'on a pu qualifier de « honteux », parce que masqué derrière un contrôle de la conventionnalité<sup>6</sup>. Dès lors que la norme à l'origine de sa décision est identique à celle sur laquelle le Conseil constitutionnel prend appui, on ne peut qu'accéder à l'idée que le juge ordinaire aura accompli un contrôle de même nature<sup>7</sup>.

95

## 12

Ces développements conduisent ici à une double conclusion. En premier lieu, notre contrôle de constitutionnalité exige que le juge ordinaire accepte de répondre aux invitations précises lancées par le Conseil constitutionnel. Car celles-ci existent. Le constat est d'importance, qui n'a pas toujours été saisi et pris en compte. Une des spécificités de notre contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois réside dans le fait qu'il ne peut en réalité pleinement se réaliser au stade auquel il est cantonné. Le contrôle *a priori*, pour être cohérent avec lui-même et en dépit de la

4. Voir concl. P. Frydman, CE, ass., 11-3-1994, *SA La Cinq, Rec.*, p. 118 ; *RFDA*, 1994, p. 441 ; *JCP*, 1994, II, p. 22340, note M.-C. Rouault ; *RDP*, 1995, p. 517, note J.-M. Blanquer ; pour une étude très complète de la jurisprudence administrative, voir Thierry Di Manno, « L'influence des réserves d'interprétation », in Guillaume Drago *et alii* (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, spéc. p. 244.

5. Parmi d'autres, voir les arrêts *Bogdan* et *Vuckovic* de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendus le 25 avril 1985, *D*, 1985, p. 329, concl. H. Dontenwille ; *Gazette du palais*, 1985, I, p. 408 ; *JCP*, 1985, II, p. 20465, note W. Jeandidier ; *RSC*, 1985, p. 639, chron. M. Marcus.

6. Michel Jéol, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 69.

7. Sur ce constat, voir dans la présente revue, Denys de Béchillon, « Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ? »

particularité que révèle sa dénomination même, ne peut rester sans répercussion en aval. Ainsi, même pour les lois déferées au Conseil, on ne peut ignorer le fait que la subsistance de leur conformité à la Constitution est souvent conditionnée à l'interprétation qu'en feront les juges. Surtout, seules quelques lois sont déferées au Conseil et le principe même d'une supériorité des normes constitutionnelles sur la loi, qui est au fondement de l'intervention de la jurisprudence constitutionnelle, ne saurait souffrir que le reste du droit puisse s'épanouir hors du droit constitutionnel. C'est la prétention systémique au « tout constitutionnel », que porte en elle la logique d'une soumission de la loi à une règle supérieure.

96 En deuxième lieu, l'exercice consistant à évaluer le degré d'irrigation de notre ordre juridique repose sur une sélection de décisions qui rendent compte des formes multiples que peut emprunter la diffusion de la jurisprudence constitutionnelle : reconnaissance de la nature juridique des énoncés constitutionnels, mise en œuvre de l'interprétation de la loi voulue par le Conseil, imitation des solutions prônées par le Conseil constitutionnel... La multiplicité des formes ainsi mises en lumière n'est pas douteuse. Mais l'exercice consistant à accumuler les décisions qui les expriment est trompeur. À double titre : d'une part, il ne répond nullement à une approche quantitative du phénomène de la diffusion (c'est impossible : quel est le taux d'irrigation ?), en dépit des efforts de certains auteurs pour aller jusqu'à recenser les moindres décisions judiciaires ou administratives<sup>8</sup> ; d'autre part, soigneusement sélectionnées et orientées vers une démonstration toute apaisante, multipliées à dessein, ces décisions mises bout à bout conduisent à penser que tout irait pour le mieux dans le meilleur des mondes constitutionnels (c'est-à-dire sous l'influence du Conseil constitutionnel). Or, sauf à s'adonner à un exercice de propagande constitutionnaliste, on ne saurait masquer l'envers, qui révèle un aspect bien moins harmonieux de l'insertion des décisions du Conseil constitutionnel dans l'ordre juridique.

---

8. Voir la chronique régulière de jurisprudence constitutionnelle de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux à laquelle rien n'échappe : TGI d'Aix-en-Provence, cour d'appel d'Agen, de Papeete, TA de Besançon, de Caen, de Dijon, ordonnances de Premier président, etc.



DES LACUNES ET DES DÉFICIENCES  
QUI SUBSISTENT

## 13

Il faut tout reprendre. Car le droit positif, loin de témoigner d'une parfaite cohérence, rend compte d'une difficile acclimatation de l'ordre juridique à la constitutionnalisation du droit. La raison principale est liée au fait que l'organisation du système français n'a nullement été pensée au regard du phénomène que constitue l'essor du Conseil constitutionnel. À quoi s'ajoutent des obstacles plus théoriques pour les uns ou plus contingents pour les autres : hostilité à l'encontre d'un contrôle de constitutionnalité qui vient ébranler la souveraineté nationale et remettre en cause un dogme – celui de la suprématie de la loi – qui, tout en n'étant plus de saison, continue à contraindre les esprits ; méfiance sinon défiance à l'égard d'une institution dont la composition aussi bien que les règles de procédures ne seraient pas garantes d'une *jurisdictio* irréprochable... Aussi bien les difficultés relèvent-elles de trois ordres : autorité, compétitivité, légitimité.

97

## 14

Des décisions juridictionnelles qui témoignent d'une application de normes constitutionnelles, qui marquent une imitation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par les juges ordinaires, qui attestent un respect des directives d'interprétation de la loi formulées par le Conseil ?

Si les exemples n'en manquent pas, on pourrait tout aussi bien leur opposer leurs contre-épreuves, toutes ces décisions par lesquelles les juges appliquent des normes constitutionnelles pour leur faire dire ce que le Conseil n'a jamais exprimé, celles par lesquelles le juge contourne voire méconnaît les solutions voulues par le Conseil. Bref, toutes décisions qui caractérisent un refus de se soumettre et empêchent précisément l'irrigation. Elles témoignent d'un problème d'autorité, résumé dans cette formule posée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation lorsqu'elle a eu à fixer le régime de la responsabilité du président de la République : « Si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du

Conseil<sup>9</sup>. » Par là, la Cour de cassation a pu ménager son indépendance de jugement par rapport au Conseil constitutionnel<sup>10</sup>. L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel se trouve ainsi strictement bornée, puisqu'elle ne peut jamais porter que sur le texte de loi examiné. Seul ce qui est dit de la loi déférée au Conseil constitutionnel peut ainsi être vecteur de l'autorité de ses décisions au sens de l'article 62 de la Constitution ; les interprétations de la Constitution se trouvent donc dépourvues de toute autorité.

La solution revient ni plus ni moins à refuser que le Conseil constitutionnel puisse tenir rang de cour suprême dans l'ordre constitutionnel. Elle a dès lors pour effet direct de laisser les juges construire leur propre jurisprudence constitutionnelle en construisant *leur* interprétation des normes constitutionnelles<sup>11</sup>. D'où l'idée que lorsque les juges ordinaires suivent le Conseil constitutionnel, ils ne procéderaient jamais que d'un choix volontaire et conservent la main. Il existe donc plusieurs juges constitutionnels en droit français. Mais tous ne procèdent pas au même contrôle. Aucun n'est supérieur à l'autre. L'ordre constitutionnel n'existe pas.

## 15

Des décisions des juges ordinaires qui viennent relayer le Conseil constitutionnel, pour assumer un contrôle de constitutionnalité auquel il ne lui a pas été donné de procéder ? Le constat en a été fait précédemment au regard du contrôle de conventionnalité de la loi. Mais cette analyse provient précisément du refus permanent des juges de contrôler la constitutionnalité de la loi. Solution d'hier<sup>12</sup>, maintes fois répétée. Mais désormais jaunie. Comment expliquer un tel déficit de compétitivité des dispositions constitutionnelles par rapport aux normes euro-

---

9. Cass., ass. plén., 10-10-2001, chron. Pierre Avril et Jean Gicquel, *Les Petites Affiches*, 30 octobre 2001, p. 11 ; chron. Guillaume Drago, *Rev. adm.*, 2001, p. 637 ; chron. Dominique Chagnollaud, *RDP*, n° 6, 2001, p. 1613.

10. Plus précisément par rapport à 98-408 DC, 22-1-1999, relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale.

11. Ainsi devant la Cour de cassation, voir, parmi d'autres, Civ., 1<sup>re</sup>, 4-1-1995, *RTD civ.*, 1996, p. 932, obs. F. Zénati et les réf. : l'obligation imposée à un époux divorcé de consentir un bail rural à son ex-conjoint constitue une restriction au droit de disposer qui méconnaît le droit de propriété, « droit fondamental de valeur constitutionnelle » ; ou devant le Conseil d'État, la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, parfaitement ignoré du Conseil constitutionnel, « selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique » : arrêt *Koné*, *RTD civ.*, 1997, p. 787 et les réf.

12. Crim., 11-5-1933, S, 1833, 1, 357.

péennes ? Comment comprendre que celles-ci puissent être appliquées contre la loi là où celles-là ne le pourraient<sup>13</sup> ? Parce que le Conseil constitutionnel aurait le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois ? Parce que admettre le pouvoir du juge pour faire prévaloir la norme constitutionnelle serait « méconnaître la Constitution qui établit le principe de l'intangibilité de la loi promulguée qui est une des caractéristiques majeures de notre texte fondamental<sup>14</sup> » ?

Pourtant, la solution est trois fois injustifiée. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel n'a compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois qu'« avant leur promulgation » (art. 61 de la Constitution), de telle sorte que le contrôle des lois postérieurement à leur promulgation ne constitue pas un empiètement de compétence. Ensuite, parce qu'il n'est pas question que le juge ordinaire annule la loi inconstitutionnelle et méconnaisse le principe de séparation des pouvoirs : il doit simplement l'écartier, selon la même méthode que celle employée sur le fondement des dispositions conventionnelles. Enfin, parce que cette prérogative relève bien de la mission du juge<sup>15</sup>.

Si elle est juridique, la norme constitutionnelle doit donc l'être pour ce qu'elle est : une disposition à valeur supralégislative.

## 16

Une diffusion croissante de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par une doctrine qui prône son hégémonie ? Tableau caricatural et réducteur. La diffusion du droit constitutionnel est loin d'être acquise. Ce nouveau droit reste encore matière de spécialistes, alors même qu'il aspire à devenir droit commun, base du droit et ainsi patrimoine de tous. Au reste, certains de ceux qui en appellent à son expansion contribuent notablement à en faire une matière de moins en moins accessible, tandis que les autres rechignent à s'y intéresser, quand ils ne la méprisent pas, tout simplement. La constitutionnalisation requiert pourtant une diffusion à tous et par tous. Il ne saurait être question de réception du

13. Alors même qu'elles sont censées leur être supérieures dans l'ordre interne, selon les mêmes juges – devant le Conseil d'État : arrêts *Koné, Sarran, Levacher et autres* ; devant le juge judiciaire : arrêt *Fraisse*.

14. Louis Favoreu et Thierry Renoux, « Rapport général introductif », *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, préc., p. 15, spéc. p. 24.

15. Ainsi dans l'ordre judiciaire, l'article 12 du nouveau code de procédure civile prévoit qu'il « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », tandis que l'article 604 du même code énonce que « le pourvoi tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

droit constitutionnel par les autres branches du droit si ceux qui enseignent ces dernières, en systématisent les règles et en proposent les évolutions devaient ignorer les apports de la jurisprudence constitutionnelle. Les mutations du droit, pour qu'elles puissent se faire avec le Conseil constitutionnel, passent par une intégration des solutions qu'il a pu délivrer au sujet de chaque domaine du droit.

À une indifférence encore patente de nombre de juristes dont la formation a pu faire l'économie de cette source supplémentaire, s'ajoute, plus grave, une méfiance à l'égard de cette « jurisprudence venue d'ailleurs », selon l'expression du doyen Carbonnier. Problème de légitimité. La constitutionnalisation du droit, comme la publicisation du droit privé dénoncée au milieu du XX<sup>e</sup> siècle et objet, alors, de vives controverses doctrinales, n'est pas sans provoquer maintes craintes de la part de certains, qui redoutent l'impérialisme du Conseil constitutionnel. Selon les hypothèses et les degrés de suspicion, sont mises en doute sa composition, son indépendance, la procédure singulière de prise de décision qui ne fait guère droit aux principes essentiels d'une bonne justice (dont le Conseil constitutionnel assure par ailleurs le respect : contradictoire, publicité des débats, etc.). Les privatistes n'y reconnaissent pas souvent leur droit et ses raisonnements (et pour cause). Certes, le rejet de ses solutions est également souvent teinté de considérations politiques autant que purement juridiques. Mais en toute hypothèse, et quels que soient les motifs avancés, on sait que le rejet est la marque de l'échec d'une greffe, un obstacle à une bonne réception, diraient les comparatistes.

## 17

Où en est-on ? Perdu sans nul doute dans ces solutions contrastées et souvent contradictoires. L'ordre juridique n'est pas adapté à la constitutionnalisation du droit. Celle-ci avance assurément, mais en désordre et sans cohérence. La juridicisation du droit constitutionnel impose que les principes et règles constitutionnels puissent revendiquer un rôle au moins équivalent à celui des normes conventionnelles. Or les juges composent avec les normes constitutionnelles, sans avoir encore su leur prêter l'effet juridique que leur valeur sous-entend. Notre système juridique est structuré en ordres de juridiction et sa logique repose sur l'existence d'organes censés unifier l'application de la règle au sein de chaque ordre. Or, les juges, constitutionnel, administratif et judiciaire, en font des applications plurielles au risque d'un désordre normatif lié à la diversité de jurisprudences constitutionnelles qu'ils bâtissent.

La situation présente est celle d'un entre-deux, celle d'une tension entre un essor des droits fondamentaux et une hostilité au contrôle de la loi par le juge, celle d'une dissonance entre le contrôle de conventionnalité et celui de constitutionnalité, celle d'une diffusion de la Constitution à tous les ordres de juridictions mais d'une absence de communication organisée entre eux. Assurément, étudier l'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel, c'est constater une nécessaire évolution de notre système juridique. Il faut une application des droits constitutionnels pour ce qu'ils sont ou bien il faut les remettre dans leurs préambules naguère ensommeillés. Il faut un organe apte à unifier l'interprétation des normes constitutionnelles ou bien il faut empêcher la Constitution d'entrer dans les prétoires. Il faut faire en sorte que les jurisprudences constitutionnelles relèvent des prérogatives de tous les juristes ou bien il faut en empêcher l'existence.

101

Faut-il organiser ce nouveau droit constitutionnel autour du Conseil constitutionnel ? Il y faudrait une réforme d'ampleur, de son organisation et de sa procédure, mais aussi de sa composition. Et faire porter la réflexion sur la réforme de la saisine... Tournons la page.

## R É S U M É

---

*L'essor du contrôle de constitutionnalité s'est assurément traduit par une influence croissante des décisions du Conseil constitutionnel sur l'ensemble du système juridique. Les manifestations de cette influence sont diverses, qu'elles opèrent en amont, au stade de la préparation des textes, ou en aval, devant les juges ordinaires. Mais l'important est de constater que le système juridique est loin d'être parfaitement adapté à cette influence croissante, de telle sorte que l'irrigation des décisions du Conseil constitutionnel reste imparfaite. À l'évidence, une évolution du système juridique est nécessaire, afin de permettre son adaptation à cette nouvelle source de droit.*