

Le Conseil constitutionnel
(1986-1991).
Vie de l'institution
et politiques jurisprudentielles

DOMINIQUE ROUSSEAU

En mai 1988, dès sa prise de fonction, Michel Rocard écrit à ses ministres pour leur demander « de faire étudier attentivement les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration » car « il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et propositions de loi, même, précise le Premier ministre, dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable » (1). Quelle meilleure reconnaissance de la position acquise par le Conseil dans la vie politique et juridique française que ce ferme discours de la méthode du travail législatif ! La formation de la loi est en effet aujourd'hui le produit de trois institutions concurrentes (2) : le gouvernement qui est à l'origine de la quasi-totalité des textes législatifs et maîtrise l'ordre du jour ; le Parlement, qui discute, amende et vote la loi ; le Conseil constitutionnel, enfin, qui peut compléter la loi — interprétation constructive —, préciser ses modalités d'application — interprétation directive —, supprimer certaines de ses dispositions, en déclarer d'autres dépourvues d'effet juridique... Chacune apprécie le texte sur le fondement de procédures, de préoccupations et légitimité différentes ; mais les trois ensemble forment ce qu'il a été proposé d'appeler le nouveau régime d'énonciation concurrentiel des normes (3).

Suivre et connaître l'activité jurisprudentielle du Conseil est donc devenu... une exigence constitutionnelle pour la classe politique et plus largement pour tous les acteurs sociaux qui cherchent en conséquence à mieux connaître également la vie proprement dite de cette institution,

(1) Circulaire du 27 mai 1988, *JO*, 28 mai 1988, p. 7321.

(2) Quatre même, avec le Président de la République comme autorité promulguant la loi.

(3) Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1990, p. 385.

devenue l'élément central du système politique français. Sur ces deux points, le bilan de la période allant de janvier 1986 à décembre 1990 est contrasté : si la vie de l'institution est une suite de rendez-vous manqués ou différés (I), la politique jurisprudentielle est marquée par quelques beaux rendez-vous avec la philosophie des droits de l'homme (II).

I. — LA VIE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL :
LES RENDEZ-VOUS MANQUÉS

Deux rendez-vous encore manqués durant cette période : celui de la réforme des modalités de nomination des membres du Conseil, question qui revient à chaque renouvellement même si ceux de 1986 et de 1989 ont donné au Conseil une majorité de professionnels du droit (*a*) ; celui, plus important sans doute, de la réforme des modalités de saisine avec, en 1990, le blocage sénatorial de l'initiative présidentielle proposant de donner aux juridictions ordinaires le pouvoir de renvoyer au Conseil les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées, lors d'un procès, par les justiciables (*b*).

a / Un Conseil à majorité de juristes

Le Conseil de 1991 a un visage sensiblement différent de celui de 1986. Par l'effet du renouvellement de février 1989, il est d'abord *plus jeune* : la moyenne d'âge est passée de 74 à 70 ans et, surtout, se « détache », au sein des neuf sages, un groupe de quatre conseillers dont l'âge est compris entre 62 et 66 ans. Il est ensuite *plus équilibré politiquement* : pour la première fois, le Conseil accueille, à l'exception des extrêmes, des membres, à parts égales, de chaque famille politique — deux centristes, deux proches du RPR, deux issus du courant radical, deux connus pour les idées socialistes et un membre sans étiquette politique connue mais nommé par Laurent Fabius (4). Il comprend enfin *une majorité de juristes* : six, dont trois professeurs de droit, sur neuf, les « politiques » n'étant plus que trois et les anciens parlementaires passant de six à quatre (5). Une continuité

(4) En termes politiques toujours, la « couleur » du Conseil s'est inversée de 1986 à 1990 ; 5 membres « nommés par » la droite pour 4 par la gauche en 1986 ; 6 par la droite pour 3 par la gauche après le remplacement, pour cause de décès, en 1987, de Pierre Marchilhacy ; 5 par la gauche pour 4 par la droite depuis le renouvellement de 1989.

(5) Depuis le départ en 1986 d'André Ségalat et de Paul Legatte, il n'y a plus de conseillers d'Etat siégeant au Conseil constitutionnel.

cependant : en 1991 comme en 1986 le visage du Conseil est toujours exclusivement masculin. L'année prochaine, peut-être...

En 1989, comme lors de chaque renouvellement, le mode français de désignation des membres du Conseil et de son président, qui laisse aux trois autorités nommantes une totale liberté de choix, a suscité de nombreuses critiques résumées souvent en une seule, la politisation. Même s'il est permis de préférer les modalités de nomination retenues par les constitutions allemande ou espagnole, chacun peut reconnaître que la pratique française conduit à des résultats comparables, en termes de compétence et d'indépendance d'esprit, à ce qu'à l'étranger le droit exige. Même les dispositions organiques permettant à un conseiller de conserver ses mandats politiques locaux, dispositions contestables aujourd'hui que la gestion d'une ville, d'un département ou d'une région est devenue, avec les lois Defferre, un véritable enjeu politique, tendent à s'effacer en pratique depuis que MM. Jozeau-Marigné et Faure ont été amenés, par leurs électeurs — et leur sens politique — à abandonner respectivement leur mandat de conseiller général de la Manche et de maire de Cahors. Un juriste ne peut cependant se contenter d'une qualité de composition fondée sur la seule « sagesse » toujours aléatoire des acteurs. Pour la garantir et l'inscrire dans la permanence, une réforme des textes, malgré les difficultés, s'avère nécessaire.

b / Un Conseil en attente de « sa » réforme

Depuis 1986, le Conseil en tant qu'institution n'a pas subi de changements remarquables. Non faute de propositions, mais par le jeu de la politique qui a conduit l'opposition — de droite — à refuser des initiatives dont elle approuvait pourtant le bien-fondé. Un premier refus fut opposé à la suggestion de *développer le caractère contradictoire de la procédure* suivie pour l'élaboration des décisions du Conseil. Dans une lettre adressée en juin 1986 aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, le président Badinter propose que le membre du Conseil désigné pour l'examen d'une saisine « puisse prendre l'attache tant du rapporteur de la commission qui, dans chaque assemblée, a été saisie au fond du texte de la loi que d'un représentant des auteurs de la saisine afin qu'ils puissent éventuellement communiquer toutes observations complémentaires qu'ils jugeraient utiles à l'appui du rapport ou de la saisine ». Bref, organiser la défense de la loi contestée en permettant au Conseil d'entendre et l'auteur de la saisine et le rapporteur parlementaire en défense. Les deux présidents, Jacques Chaban-Delmas et Alain Poher, ont repoussé cette initiative, jugée pourtant intéressante dans son principe, au motif que le rapporteur parlementaire d'une loi n'est pas qualifié pour la défendre, sa fonction prenant fin avec le vote du texte. Au demeurant, leur réponse n'a pas empêché que se poursuivent les échanges informels entre le Conseil et les assemblées ; elle n'avait d'ailleurs pas cet objectif mais celui, plus poli-

tique, d'éviter leur institutionnalisation et avec elle la juridictionnalisation de la procédure. En somme, continuer à le faire mais sans le dire ni le reconnaître !

Un second refus, plus important, fut opposé en juin 1990 à la proposition de *donner aux justiciables le pouvoir de contester devant toute juridiction la constitutionnalité de la loi* que le juge veut lui appliquer. Lancée par le président Badinter, le 3 mars 1989 (6), reprise par le Président de la République le 14 juillet 1989, cette initiative donnait vie à l'idée des hommes de... 1789 affirmant avoir rédigé la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen « afin que les *réclamations des citoyens*, fondées sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ». Le mécanisme de contrôle imaginé permettait de lever les objections traditionnellement adressées à l'encontre du contrôle *a posteriori* : le double filtrage, en faisant les juges de base puis le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation, juges du caractère sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité, évitait l'encombrement du Conseil et les recours dilatoires ; le renvoi, le cas échéant, de la loi au Conseil pour jugement au fond de sa constitutionnalité évitait les inconvénients du contrôle diffus ; l'imposition de délai strict — six mois au total — évitait l'allongement excessif des procédures juridictionnelles ; enfin, l'effet non rétroactif des décisions préservait la sécurité et la stabilité des situations juridiques. La qualité du débat doctrinal et du travail parlementaire préparatoire (7), l'accueil favorable des partis politiques — à l'exception du PC — au principe de cette réforme n'ont pas empêché l'opposition, pour des raisons politiciennes, de bloquer son succès en s'appuyant comme elle l'avait déjà fait en 1984 sur le Sénat (8). Il faut espérer que ce projet n'est que différé, qu'à côté du contrôle *a priori*, par voie d'action réservée à la classe politique, s'établira rapidement, à l'exemple des autres pays européens, un contrôle *a posteriori*, par voie d'exception ouvert aux individus. Car une loi peut se révéler inconstitutionnelle lors de son application. Car la défense des droits et libertés ne se délègue pas, elle est l'affaire des citoyens eux-mêmes.

(6) Robert Badinter, *Le Monde* du 3 mars 1989.

(7) La Commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale a entendu et débattu avec le premier président de la Cour de cassation, le vice-président du Conseil d'Etat, le secrétaire général du Conseil constitutionnel, et en séance ouverte à la presse, avec les Pr^s Vedel, Luchaire, Favoreu et Olivier Duhamel. Voir également Jacques Robert, La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel, bilan et réformes, *RDP*, 1990, p. 1255 ; François Luchaire, Une réforme constitutionnelle différée : le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions, *RDP*, 1990, p. 1625 ; et le n° 4 de la *RFDC* consacré à l'exception d'inconstitutionnalité avec des articles de Louis Favoreu, Pierre Avril et Jean Gicquel, Catherine Castano, Léo Hamon, Thierry Renoux, Alexandre Pizzorusso, Christian Autexier, Francis Delpérée, Pierre Bon et Jean-Claude Escarras.

(8) Catherine Castano, L'exception d'inconstitutionnalité, la contrainte du droit, la force du politique, *RFDC*, 1990, p. 631.

II. — LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DU CONSEIL :
DES RENDEZ-VOUS RÉUSSIS

Chacun, évidemment, investit sa propre subjectivité dans l'appréciation des décisions du Conseil. Ce qui sera, ici, reconnu comme avancées positives pourra, ailleurs, être qualifié d'aberrations interprétatives ou de reculs dangereux ! Même si, par prudence... et souci scientifique, les réflexions s'efforceront de faire apparaître les continuités et les innovations tant dans l'analyse statistique des décisions (a) que dans l'étude de leur apport à la protection constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux (b).

a / *Le nombre de décisions : stabilité et innovations*

De janvier 1986 à décembre 1990, le Conseil a rendu, au titre de l'article 61, al. 2, de la Constitution, 57 décisions, soit environ 11 par an, chiffre semblable à la période précédemment étudiée ici (9). Au demeurant, l'intérêt réside moins dans cette statistique globale ou cette moyenne que dans l'observation des fluctuations annuelles. Ainsi, en 1986, 17 décisions sont rendues dont 14 après l'alternance de mars 1986, chiffre qui exprime la contestation immédiate et systématique par la gauche de la politique législative de la nouvelle majorité en matière de privatisation des entreprises, de réforme du mode de scrutin, du régime juridique de la presse, de la politique criminelle et de la situation des étrangers. En revanche en 1987, 8 décisions seulement et 6 en 1988. Effet sans doute, dans ce dernier cas, d'une élection présidentielle située en avril-mai qui freine, avant, la production législative et qui oblige, après, à une relance toujours lente de la nouvelle machine gouvernementale. Mais aussi, peut-être, effet de la cohabitation, d'accords politiques, de l'autorité élyséenne car il n'a pas manqué de lois dont la constitutionnalité était contestée lors des débats parlementaires mais que les députés socialistes ne portaient pourtant pas devant le Conseil : loi du 16 juillet 1987 relative à la fonction publique territoriale, loi du 23 juillet 1987 relative aux services publics pénitentiaires, loi du 3 janvier 1988 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, loi du 5 janvier 1988 modifiant le rôle des chambres régionales des comptes (10)... Depuis, le rythme « normal » a repris : 14 décisions en 1989 et 12 en 1990.

(9) Laurent Habib, Bilan de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel de 1981 à 1986, *Pouvoirs*, n° 13, 1986, p. 195. Qu'il soit permis de remercier ici le secrétaire général du Conseil constitutionnel, Bruno Genevois, d'avoir bien voulu fournir les informations nécessaires à ce bilan statistique.

(10) Est-ce en écho à cette période que le président Badinter, pour défendre l'exception d'inconstitutionnalité, affirmait qu'« il peut arriver que, pour des

Sur ces 57 décisions, 24 sont intervenues sur saisine des députés, 12 sur saisine des sénateurs et 19 sur saisine des députés et des sénateurs. 2 recours ont des auteurs particuliers : en 1989, le Premier ministre, Michel Rocard, se joint... aux députés et sénateurs de l'opposition pour contester la constitutionnalité de la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France ; et en 1990, il saisit, seul, le Conseil de la loi relative à la limitation des dépenses électorales et au financement des partis politiques. Qu'un Premier ministre conteste la constitutionnalité d'une loi votée par la majorité parlementaire dont il est le chef peut surprendre. Son intervention peut cependant s'expliquer : dans le premier cas, elle paraît la conséquence de l'interdiction pour le Premier ministre de demander un avis préalable au Conseil ou de le saisir avant le début de la discussion parlementaire d'une disposition de son projet sur la constitutionnalité de laquelle il hésite (11) ; dans le second, il s'agit d'une initiative clairement politique destinée à accroître la légitimité d'une loi délicate — le financement public des partis politiques — sur laquelle l'opposition voulait maintenir un soupçon d'inconstitutionnalité en l'ayant critiquée au moment du débat législatif mais... en ne l'ayant pas déférée au Conseil constitutionnel !

L'analyse des solutions confirme la réticence du Conseil à l'égard d'une censure totale de la loi qui le met en opposition frontale avec le Parlement : 2 seulement sur 57 décisions. En revanche, il a prononcé 30 non-conformités partielles, soit 52,6 % et 25 conformités dont 6 assorties de réserves d'interprétations mentionnées dans le dispositif. Cette pratique tend à instaurer un dialogue entre le Conseil et les autres institutions, parlementaire, administrative, judiciaire sur la confection et les modalités d'application de la loi. Il peut être intéressant de relever que nombre de dispositions censurées ont pour auteur un parlementaire (12), laissant voir ainsi un Conseil apportant son soutien à un gouvernement qui n'a pas su ou pu, pour des raisons politiques, s'opposer au vote par sa majorité d'amendements sur la constitutionnalité desquels il avait souvent lui-même, pendant la discussion parlementaire, émis les plus extrêmes réserves.

Sur ces décisions, désormais toujours longuement motivées, quelles appréciations porter ?

raisons diverses, le Conseil ne soit pas saisi de textes qui posent des problèmes importants de constitutionnalités » (*Libération*, 3 avril 1989).

(11) En l'espèce, il s'agissait du choix de la juridiction compétente, judiciaire ou administrative, pour connaître des décisions préfectorales de reconduite des étrangers à la frontière. Voir sur la question de la saisine préalable, François Luchaire, Saisir avant plutôt qu'après, *Le Monde* du 23 août 1985.

(12) Censure des amendements Dailly pour le référendum d'autodétermination en Nouvelle-Calédonie, Lamassoure pour l'extension de la règle du trentième divisible lors de grève dans les services publics, Michel pour la loi d'amnistie...

b / L'apport des décisions : confirmations et avancées « républicaines »

Plus qu'à une analyse détaillée, le cadre limité de cette étude invite à dégager, plus modestement, les grandes tendances de ces cinq années de jurisprudence constitutionnelle.

Sur le plan des règles de procédure, la période est d'abord marquée par la formulation du principe selon lequel « les adjonctions ou modifications apportées au texte en cours de discussions ne sauraient ni être sans lien avec ce dernier, ni dépasser par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement » (13). Critiqué, lors de sa première application positive (14), par la classe politique et une partie de la doctrine (15), ce contrôle de la nature, de l'ampleur et de l'importance des amendements est cependant devenu aujourd'hui une pratique régulière du Conseil (16). Celui-ci a encore surpris en considérant que l'article 27 de la Constitution posant le principe du vote personnel des parlementaires n'était pas méconnu, malgré son non-respect, s'il n'est pas établi que les députés absents auraient émis un vote différent de celui exprimé à leur place par les députés présents de leur groupe (17). Une question nouvelle enfin, et riche de conséquences selon la réponse que le Conseil donnera dans l'avenir : la loi référendaire a-t-elle perdu le statut particulier que la décision du 6 novembre 1962 lui conférait, depuis que le Conseil a reconnu la compétence des parlementaires pour modifier les dispositions d'une loi votée par le Parlement comme d'une loi adoptée par voie de référendum au motif que cette distinction « importe peu à cet égard » (18) ? Tout est dans « à cet égard »...

Sur le fond des décisions, trois tendances. Des *confirmations d'abord* : le principe d'égalité continue à ne pas s'opposer à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général (19) ; le principe de la libre communication écrite et audio-visuelle continue à s'apprécier du point de vue du public et à interdire en conséquence toute législation favorisant la concentration des entreprises de presse (20). Des *hésitations ensuite* : après avoir, dans la gestion de l'équilibre entre principe de libre administration des collectivités locales et unité de l'Etat, donné la préférence au premier

(13) cc, 86-221 DC, 29 décembre 1986, R., p. 179.

(14) cc, 86-225 DC, 23 janvier 1987, R., p. 13.

(15) Voir, par ex., les réactions des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat dans *Le Monde* des 25-26 janvier 1987, et le commentaire du Pr Guy Carcassonne, in *Pouvoirs*, n° 42, p. 163.

(16) cc, 88-249 DC, 12 janvier 1989, R., p. 7 ; cc, 90-277 DC, 25 juillet 1990, JO, 27 juillet 1990, p. 9021.

(17) cc, 86-225 DC, 23 janvier 1987, R., p. 13.

(18) cc, 89-265 DC, 9 janvier 1990, JO, 11 janvier 1990, p. 463.

(19) cc, 87-232 DC, 7 janvier 1988, R., p. 17 ; cc, 90-285 DC, 28 décembre 1990, JO, 30 décembre 1990, p. 16609.

(20) cc, 86-210 DC, 29 juillet 1986, R., p. 110.

au début des années 1980, le Conseil semble, dans des décisions récentes, privilégier le second en reconnaissant à l'Etat un rôle directeur en matière d'attribution de logements sociaux (21) et de détermination des bases des impôts directs locaux (22) ; de même, le Conseil paraît toujours hésiter sur le choix de la juridiction la plus appropriée à assurer la garantie effective des droits des particuliers puisque, après avoir penché en faveur de la juridiction judiciaire, il considère maintenant que « cette exigence peut être satisfaite aussi bien par la juridiction judiciaire que par la juridiction administrative » (23). *Des nouveautés, nombreuses enfin* : l'affirmation comme exigence constitutionnelle des caractères loyal et clair de la question posée au référendum d'autodétermination (24) et qu'il faut souhaiter voir étendue aux référendums nationaux ; la conception nouvelle du droit de propriété qui doit se comprendre *non pas*, comme le croyait une partie de la doctrine après la décision de 1982, *malgré, mais « en fonction de l'évolution »* de ce droit caractérisée à la fois « par une extension de son champ d'application et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général » (25) ; la reconnaissance du droit au logement des personnes défavorisées comme « exigence d'intérêt national » (26). Et surtout, deux grandes décisions rendues en janvier 1990. L'une qui, sur la base d'un moyen soulevé d'office, censure une disposition législative au motif qu'elle porte atteinte à *l'égalité des droits entre Français et étrangers* résidant régulièrement en France et affirme que « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle sont reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » (27) ; avancée jurisprudentielle « républicaine » qui, dans le contexte politique actuel, honore le Conseil et ouvre de nombreuses perspectives, y compris peut-être celle de la reconnaissance du droit de vote, organisé suivant des « dispositions spécifiques », des étrangers aux élections locales. L'autre, qui fait de « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions le *fondement de la démocratie* » (28) alors qu'en 1986 le Conseil définissait le pluralisme seulement comme « une des conditions de la démocratie » (29). Entre les deux formulations, un changement qualitatif : en 1986, le pluralisme est un des éléments, parmi d'autres, de la démocratie ; en 1990, il en devient le principe, au sens kantien du terme, c'est-à-dire le point de départ logique d'où

(21) CC, 90-274 DC, 29 mai 1990, *JO*, 1^{er} juin 1990, p. 6518.

(22) CC, 90-277 DC, 25 juillet 1990, *JO*, 27 juillet 1990, p. 9021.

(23) CC, 89-261 DC, 28 juillet 1989, *R.*, p. 81, Décision de bons voisinages, peut-être...

(24) CC, 87-226 DC, 2 juin 1987, *R.*, p. 34.

(25) CC, 89-256 DC, 25 juillet 1989, *R.*, p. 53.

(26) CC, 90-274 DC, 29 mai 1990, *JO*, 1^{er} juin 1990, p. 6518.

(27) CC, 89-269 DC, 22 janvier 1990, *JO*, 24 janvier 1990, p. 972.

(28) CC, 89-263 DC, 11 janvier 1990, *JO*, 13 janvier 1990, p. 572 ; voir, par ex., Marie-Luce Pavia, L'exigence du pluralisme, fondement de la démocratie, *Rev. adm.*, juillet-août 1990, p. 320.

(29) CC, 86-217 DC, 18 septembre 1986, *R.*, p. 141.

se déduit l'ensemble de l'organisation constitutionnelle, politique, économique, sociale et culturelle du pays.

Assurément par ses deux décisions, le « Conseil Badinter » a gagné des points décisifs dans l'interminable conquête de légitimité démocratique. Progressivement, le Conseil devient l'institution de la « société civile », ou, plus exactement, d'une nouvelle relation constitutionnelle entre gouvernés et gouvernants en imposant aux seconds le respect des droits des premiers. Il reste que ce nouveau schéma constitutionnel exigerait, pour être pleinement satisfaisant, que soit opéré un certain nombre de modifications tenant, par exemple, à l'ouverture aux particuliers de la saisine du Conseil, au mode de désignation de ses membres, au caractère public de sa procédure... Au prochain bilan, peut-être !

RÉSUMÉ. — *De 1986 à 1990, le Conseil, en tant qu'institution, n'a pas connu de changements profonds, toutes les propositions de réforme, et en particulier celle relative à l'exception d'inconstitutionnalité, ayant été repoussées. En revanche, durant la même période, sa politique jurisprudentielle s'est enrichie de « grandes décisions » — droit de propriété, égalité des droits entre Français et étrangers, pluralisme... — qui ont confirmé le Conseil dans son rôle de gardien des libertés et droits fondamentaux.*