BRUNO GENEVOIS

L'influence du Conseil constitutionnel

Si l'influence du Conseil constitutionnel n'est pas douteuse, il n'est pas aisé de la mesurer.

Quelques données statistiques peuvent servir de point de départ à la réflexion. Au 1er janvier 1989, le Conseil a rendu un total de 1 252 décisions[1]. Le contentieux le plus abondant est celui des élections au Parlement qui porte sur 751 décisions, y compris 102 décisions émanant de la Commission constitutionnelle provisoire, antérieurement à l'installation du Conseil. Vient, ensuite, le contentieux de la constitutionnalité des normes qui porte sur 246 décisions. Celles-ci se répartissent comme suit : 3 décisions concernent l'appréciation de la conformité d'un traité à la Constitution effectuée sur le fondement de son article 54 ; 93 décisions ont trait au contrôle de constitutionnalité obligatoire et intéressent respectivement les règlements des assemblées (37 décisions) et les lois organiques (56 décisions) ; 150 décisions ont été rendues à propos du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, à raison de neuf décisions antérieurement à la révision constitutionnelle d'octobre 1974 et de 141 décisions postérieures. Les décisions qui se rapportent exclusivement à la répartition des compétences entre la loi et le règlement s'élèvent à 170, dont 11 intervenues au titre de l'irrecevabilité de l'article 41 de la Constitution et 159 sur le fondement de la procédure de déclassement de l'article 37, alinéa 2. Le contrôle des incompatibilités parlementaires et des inéligibilités survenues postérieurement à l'élection a donné lieu à 11 décisions.

Les élections présidentielles et les référendums ont suscité respectivement 56 et 14 décisions. Enfin, en quatre circonstances, le Conseil a décliné purement et simplement sa compétence par voie de décision.

1. Ce nombre ne prend en compte ni les avis émis par le Conseil, ni les décisions d'ordre interne.

Comparé aux principales juridictions constitutionnelles étrangères, le Conseil constitutionnel ne rend, annuellement, qu'un nombre restreint de décisions. Mais celles-ci n'en ont pas moins une réelle importance, spécialement lorsque la haute instance intervient en matière de contrôle de constitutionnalité des lois.

Si l'on actualise au 1er janvier 1989 une étude de Louis Favoreu (cf. *RDP*, 1987, p. 443), on relève que sur un total de 206 décisions relatives à l'examen de la constitutionnalité de lois organiques (56) ou de lois ordinaires (150), le Conseil a rendu une décision, non pas d'annulation, mais de censure, dans 79 hypothèses. En tenant compte du fait qu'une même décision peut procéder à des déclarations d'inconstitutionnalité sur des fondements juridiques différents, on obtient un nombre total de cas d'inconstitutionnalité s'élevant à 113. Dans un nombre élevé de cas, le contrôle de constitutionnalité des lois organiques ou ordinaires débouche donc sur une censure : parfois totale (8 cas et même 10 si l'on ajoute les hypothèses où les dispositions censurées étaient inséparables du reste de la loi); le plus souvent partielle. Les données statistiques démontrent que le Conseil constitutionnel, bien que ses compétences et ses modes de saisine soient définies restrictivement, n'en joue pas moins un rôle très actif.

Il reste, au-delà des chiffres, à s'interroger sur son influence à l'égard, tant de notre système politique (I), que de l'ensemble de notre ordonnancement juridique (II).

I

Le contrôle de constitutionnalité des lois, lorsqu'il est effectif, peut difficilement être neutre à l'égard d'un système politique. Le caractère *a priori* du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel joint au fait que la décision qu'il rend est contemporaine de la controverse juridico-politique qui a motivé sa saisine, ont contribué à fausser quelque peu certaines appréciations portées sur son activité. La distinction n'a pas été suffisamment faite entre l'appréhension du rôle qui est effectivement le sien et le débat qui s'est instauré sur la légitimité de son intervention.

1 / *L'appréhension du rôle* effectivement *joué* par le Conseil constitutionnel *vis-à-vis du monde politique* doit prendre en compte tous les aspects de sa jurisprudence se rattachant au contrôle de la constitutionnalité des normes et non les seules décisions qui, par leurs implications politiques, ont connu un fort retentissement.

En fonction d'une approche globale, il nous paraît possible d'affirmer que le Conseil constitutionnel a été *un facteur d'équilibre entre les acteurs du jeu politique.* Il a contribué à un usage raisonnable des règles du parlementarisme rationalisé. Il a su influer sur les modalités de mise en œuvre des choix politiques sans en contester l'orientation fondamentale.

a – Environ 42 % des déclarations d'inconstitutionnalité affectant des dispositions ayant valeur de loi organique ou de loi ordinaire ont été motivées par la *méconnaissance de règles de compétence ou de procédure.* De plus, pour 37 décisions concernant les règlements des assemblées, il y a eu dans neuf cas censure d'une ou plusieurs dispositions. Le contrôle ainsi exercé répond à la vocation première du Conseil constitutionnel, dont M. Michel Debré voulait faire, en août 1958, « une arme contre la déviation du régime parlementaire ». Mais ses caractéristiques sont originales.

Le contrôle *n'est pas empreint de formalisme.* S'agissant du respect des règles de compétence et de procédure, une distinction doit être faite suivant que le contrôle est obligatoire (lois organiques ; règlements des assemblées) ou facultatif (lois ordinaires). Selon ces deux séries de cas la jurisprudence est plus ou moins rigoureuse, comme le montrent les solutions dégagées à propos du vote personnel (61-16 DC du 22 décembre 1961 et 86-225 DC du 23 janvier 1987), de l'irrecevabilité de l'article 40 (78-94 DC du 14 juin 1978 et 77-82 DC du 20 juillet 1977) ou des règles de la procédure législative (87-234 DC du 7 janvier 1988 et 82-142 DC du 27 juillet 1982). La haute instance interdit aux assemblées de poser, par le biais de leur règlement ou par voie de loi organique, des règles contraires aux dispositions constitutionnelles, tout en procédant, à l'occasion de l'examen des lois ordinaires, à une application des textes qui, sauf exception (cf. 79-110 DC du 24 décembre 1979), exclut tout formalisme.

De façon plus significative encore, la possibilité ouverte à l'opposition parlementaire de saisir le Conseil constitutionnel a créé, depuis 1974, une situation dans laquelle les *contraintes* du parlementarisme rationalisé *jouent* à l'égard aussi bien du *Parlement* que du *Gouvernement.* Cela évite toute application unilatérale des règles constitutionnelles[2]. Le Conseil a même jugé qu'un empiétement du Parlement sur la compétence réglementaire ne pouvait être censuré

2. S'il y a un incontestable rééquilibrage, il ne va pas, cependant, jusqu'à soumettre au contrôle direct du Conseil constitutionnel les actes du Président de la République qui touchent aux rapports entre pouvoirs publics, qu'il s'agisse de la dissolution de l'Assemblée nationale (CC 4 juin 1988) ou du recours au référendum (CC 25 octobre 1988).

par lui sur le fondement de l'article 61 de la Constitution (82-143 DC du 30 juillet 1982).

b – Le contrôle de constitutionnalité interne, qui concerne tout à la fois *la protection des droits fondamentaux et le droit constitutionnel institutionnel* (cf. les indications données par L. Favoreu, *RDP*, 1987, p. 451) représentait, au 1er janvier 1989, 58 % des hypothèses de censure d'une disposition législative. A elle seule, la violation des droits fondamentaux a motivé 40 % du total des déclarations d'inconstitutionnalité des lois organiques et des lois ordinaires.

Ces chiffres concordent avec l'image que le juge constitutionnel souhaite avoir vis-à-vis de l'opinion. C'est celle d'une institution qui, sans s'opposer aux changements politiques souhaités par une majorité de citoyens, n'en assure pas moins la protection des droits essentiels des individus. Deux traits doivent, ici, être soulignés.

A de rares exceptions près[3], le contrôle exercé par le Conseil n'a pas conduit à la remise en cause de choix politiques majeurs. Il a influé sur les *modalités de mise en œuvre de ces choix* qui ont dû être mises en harmonie avec les exigences constitutionnelles.

Même s'ils ont contribué à alimenter une controverse d'ordre politique, les ajustements nécessaires ont été, sur un plan technique, facilités par le mécanisme du contrôle *a priori*. Dans certains cas, il y a eu promulgation du texte amputé de ses dispositions inconstitutionnelles (réforme de l'enseignement supérieur, loi relative à la transparence financière des entreprises de presse et au pluralisme). Dans d'autres cas, la promulgation du texte partiellement censuré a été suivie de l'adoption d'un texte complémentaire (cf. loi 82-623 du 22 juillet 1982 postérieurement à la décision 82-137 DC du 25 février 1982 ; loi 85-1361 du 23 décembre 1985 à la suite de la décision 85-198 DC du 13 décembre 1985 ; loi 86-1210 du 27 novembre 1986 consécutivement aux décisions 86-210 DC du 29 juillet 1986 et 86-217 DC du 18 septembre 1986). Et lorsque la promulgation du texte censuré était impossible ou inopportune, l'ajustement a pu résulter, soit d'une nouvelle délibération de la loi (85-197 DC du 23 août 1985), soit de l'élaboration d'un nouveau projet de loi comme ce fut le cas pour les nationalisations (81-132 DC du 16 janvier 1982 et 82-139 DC du 11 février 1982).

3. La décision 82-147 DC du 2 décembre 1982 a fait obstacle à ce que dans les DOM l'assemblée unique puisse être élue à la proportionnelle ; la décision 81-165 DC du 20 janvier 1984 relative à la loi sur l'enseignement supérieur a porté un coup fatal au collège unique.

En second lieu, du fait même des changements politiques, le contrôle de constitutionnalité interne a joué comme un *modérateur de l'alternance*. Les principes posés par le Conseil avant mars 1986, en matière de nationalisations d'entreprises, de liberté de communication ou de délimitations des circonscriptions électorales ont eu leur pendant ou leur prolongement, après mars 1986, dans les décisions relatives aux privatisations d'entreprises (86-207 DC des 25 et 26 juin 1986), au régime de la presse (86-210 DC du 29 juillet 1986), à la communication audio-visuelle (86-217 DC du 18 septembre 1986), ou à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés (86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986 ; 86-218 DC du 18 novembre 1986). Cette action modératrice a amené le Conseil aussi bien à limiter le pouvoir qu'a le législateur d'abroger les lois antérieures (86-210 DC préc.) qu'à encadrer le recours aux ordonnances (86-207 DC et 86-208 DC).

2 / L'importance même du rôle tenu par le Conseil constitutionnel a conduit à mettre en cause *la légitimité* de son intervention. La contestation a été la plus forte dans les périodes faisant suite à de nouvelles élections législatives en 1981-1982 et en 1986. Il nous semble que le débat qui s'est alors instauré, et qui a atteint son point culminant avec la décision du 23 janvier 1987 relative à l'amendement Seguin, s'est apaisé depuis lors. Ce qui paraît l'emporter, c'est une logique de juridictionnalisation du Conseil, doublée d'un souci de prévention des inconstitutionnalités de la part des pouvoirs publics.

a – L'accentuation du caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel a favorisé la reconnaissance progressive par les hommes politiques de la légitimité de son intervention. Plusieurs facteurs ont conjugué heureusement leurs effets.

Le fait que l'existence même du Conseil soit garantie par la Constitution lui a permis d'échapper aux aléas auxquels sont exposées les autorités administratives indépendantes qui ne tirent leur origine que de la loi.

L'obligation de motiver en droit les décisions statuant sur la constitutionnalité des normes a eu d'incontestables vertus pédagogiques. Le Conseil s'est astreint à fonder toujours davantage ses décisions sur des textes de valeur constitutionnelle. En définissant de façon précise la teneur des exigences constitutionnelles, il a rendu plus aisée la possibilité de remédier à une inconstitutionnalité (cf. les décisions n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986).

Enfin et surtout, la multiplication des décisions a permis l'éclosion d'une jurisprudence, c'est-à-dire d'un corps de règles qui précise l'étendue des exigences constitutionnelles dans des domaines sans cesse plus étendus et qui réduit d'autant la marge d'appréciation du juge. Si le Conseil a, comme toute juridiction, la faculté de faire évoluer sa jurisprudence, des solutions bien établies ne peuvent, cependant, être remises en cause que pour de solides motifs.

b – La logique de la juridictionnalisation de l'institution va de pair avec une *logique de la prévention des inconstitutionnalités.*

Dès lors que le Gouvernement et le Parlement savent qu'ils doivent compter avec une possible intervention du Conseil constitutionnel, l'examen des problèmes de constitutionnalité a pris une place grandissante dans l'élaboration des projets de loi. S'est trouvé ainsi valorisé le rôle joué aux divers échelons de la procédure par le secrétariat général du Gouvernement, les formations administratives du Conseil d'Etat[4] et les fonctionnaires des assemblées.

L'attention portée aux problèmes constitutionnels a, d'ailleurs, déjà produit des effets au stade de l'élaboration des projets de loi. Sur les onze déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil en 1987 et 1988, deux des censures concernent des propositions de loi organique ou de loi ordinaire, neuf autres des amendements, et le dernier cas vise une hypothèse où le Gouvernement avait passé outre à l'avis du Conseil d'Etat (n° 87-232 DC du 7 janvier 1988). La prévention des inconstitutionnalités a même été officialisée par la circulaire du Premier ministre du 25mai 1988 relative à la méthode de travail du Gouvernement. La circulaire consacre l'importance du rôle du Conseil constitutionnel tout en énonçant des recommandations qui, si elles étaient pleinement suivies d'effet, pourraient réduire le contentieux de la constitutionnalité des lois porté devant le Conseil.

II

L'influence exercée par le Conseil constitutionnel et sa jurisprudence sur *l'ensemble de l'ordonnancement juridique* se présente sous un jour différent. Il n'y a pas de discussion sur la légitimité du rôle joué par le Conseil constitutionnel. L'article 62, alinéa 2, de la Constitution, en énonçant que les décisions du Conseil s'imposent à

4. L'assemblée générale du Conseil d'Etat n'hésite pas à se référer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (cf. 26 novembre 1987, n° 343-130 ; 3 décembre 1987, n° 343-153 ; 7 juillet 1988, n° 344-514 ; 17 novembre 1988, n° 344-979).

toutes les autorités administratives et juridictionnelles, clôt d'une certaine façon le débat. Il est généralement admis que les décisions du Conseil ont une autorité comparable à l'autorité de chose jugée par une juridiction.

La question qui se pose se situe sur un autre plan. Il s'agit de savoir si l'influence du Conseil constitutionnel est telle que l'on assiste à une constitutionnalisation des diverses branches du droit[5] ou à une « formidable unification du droit »[6].

Bien que le Conseil constitutionnel soit proche d'une cour constitutionnelle, il n'est pas, pour autant, une cour suprême. Si son influence tend à se développer au sein de notre système juridique, elle demeure, somme toute, limitée.

1 / L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'égard de celle des juridictions ordinaires se manifeste surtout lorsqu'elle se trouve en harmonie avec leurs propres préoccupations.

a – Cela se vérifie tout d'abord au sein *de la juridiction administrative*. Il est significatif que certains tribunaux administratifs, soucieux de limiter la portée dans le temps d'une loi sur les conditions d'entrée et de séjour en France, aient cherché à s'appuyer sur telle ou telle jurisprudence du Conseil qui leur paraissait transposable (cf. les décisions n° 82-155 DC du 30 décembre 1982 et n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984), au risque, d'ailleurs, de méconnaître une autre jurisprudence plus directement applicable (cf. n° 79-109 DC du 9 janvier 1980).

De son côté, le Conseil d'Etat se réfère fréquemment à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il en a été ainsi dès l'origine à propos de la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Les efforts conjugués des deux conseils ont permis l'établissement d'une même ligne de partage à quelques rares nuances près. Dans cette voie, le Conseil d'Etat a même été conduit, en une circonstance remarquée (CE, Ass. 13 décembre 1985, SA Etabl. Outters) à modifier sa jurisprudence en se référant expressément à une décision du Conseil constitutionnel.

De même, le juge administratif est conduit à faire application des lois précédemment soumises au juge constitutionnel en tenant compte de l'interprétation qui en a été donnée par ce dernier (CE, 2 mars 1988 ; *RFDA*, 1988, p. 615). La référence à la jurisprudence constitutionnelle peut être, soit expresse (CE, 1er juillet 1983, Syndicat unifié de la

5. Cf. L. Favoreu, *Pouvoirs*, n° 13, p. 17.
6. Cf. L. Cohen-Tanugi, *Le Figaro*, 6 février 1987.

radio et de la télévision, *CFDT*, p. 293), soit implicite. On peut rapprocher, sur ce point, des décisions récentes relatives aux conditions de recrutement de fonctionnaires au tour extérieur (CE, Ass. 16 décembre 1988, Bleton c/ Sarazin ; du même jour, Association générale des administrateurs civils) avec la décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984. Tout au plus, le Conseil d'Etat peut-il éprouver une difficulté à faire le départ entre, d'un côté des réserves d'interprétation qui conditionnent l'admission de la constitutionnalité d'une loi et ont autorité de chose jugée et, d'un autre côté, de simples directives d'application (CE, 16 avril 1986, p. 93).

b – Par le passé, la doctrine a parfois fait grief au *juge judiciaire* de ne pas adopter les mêmes solutions que le Conseil constitutionnel, que ce soit en matière de fouille des véhicules (Cass. crim., 8 novembre 1979, Trignol) ou en ce qui concerne l'importance respective de la liberté de conscience d'une enseignante d'un établissement privé et du caractère propre de cet établissement (Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, dame Roy).

Mais, dans la période récente, le juge judiciaire apparaît plus réceptif à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cela s'est vérifié à propos de l'appréciation de la responsabilité des syndicats en cas de grève (Cass. soc., 9 novembre 1982) et plus encore dans des hypothèses où a pu être affirmé le rôle de l'autorité judiciaire en tant que garant de la liberté individuelle. Très révélateurs sont les arrêts rendus en matière de contrôle d'identité (Cass. crim., 25 avril 1985) ou de perquisitions fiscales (Cass. Ch. mixte, 15 décembre 1988, quatre arrêts, *Gaz. Pal.*, 18-20 décembre 1988). L'influence de la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 est, ici, évidente.

2 / Si l'orientation qui se dessine est porteuse d'avenir et mérite de retenir l'attention de la doctrine, il nous paraît, cependant, que l'influence de la jurisprudence du juge constitutionnel sur celle des juridictions ordinaires reste limitée.

a – Dans la plupart des cas le juge chargé de l'application de la norme dispose d'une large autonomie par rapport au juge constitutionnel et est doté, au surplus, de responsabilités propres.

L'autonomie du juge de l'application résulte de ce que le Conseil constitutionnel n'a pas de droit de regard sur ses décisions. S'il est vrai que les juridictions ordinaires doivent appliquer les lois dans l'interprétation qui en a été donnée par le juge constitutionnel, cette situation se rencontre rarement. Toutes les lois ne sont pas déférées au Conseil constitutionnel. Même si, au 1er janvier 1989, le Conseil a eu à se prononcer sur la constitutionnalité de 150 lois ordinaires,

seuls certains articles de ces textes ont fait l'objet d'une interprétation qui en conditionne la constitutionnalité. En outre, nombre de lois ainsi interprétées ont fait l'objet d'une abrogation. Pour ces seules raisons, le droit civil, le droit commercial et, à un degré moindre, le droit social échappent assez largement à l'influence du Conseil constitutionnel.

On ne saurait, non plus, nier les responsabilités propres de chaque juridiction.

Dans le dialogue qu'il noue avec le législateur, le juge constitutionnel s'efforce de donner tout leur poids aux principes de valeur constitutionnelle et incite le Parlement à en tirer toutes les conséquences. Par ce biais, même des principes exprimés en termes vagues et généraux, comme certains droits sociaux proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946, peuvent avoir leur importance. Mais, en l'absence de dispositions législatives complémentaires, ils sont d'un maniement difficile pour le juge chargé de l'application des normes.

On ne sera pas surpris non plus que le juge administratif reste fidèle à des constructions jurisprudentielles qui ont fait la preuve de leur efficacité, comme c'est le cas avec la théorie des principes généraux du droit.

Dans un ordre d'idées un peu différent, le juge chargé de l'application des normes hésitera à conclure à l'abrogation implicite par la Constitution de 1958 de dispositions législatives antérieures qui ne sont pourtant pas en harmonie avec les exigences constitutionnelles, par crainte de faire apparaître un vide juridique (Cass. crim., 18 novembre 1985, Gibourdel).

Le Conseil constitutionnel a, lui aussi, pu mesurer l'écart qui sépare le contrôle de l'élaboration de la norme de celui de son application — lorsqu'en 1986, après avoir posé, en principe, que la délimitation des circonscriptions électorales ne devait « procéder d'aucun arbitraire » (n° 86-208 DC), il a éprouvé quelque embarras à vérifier ce qu'il en était concrètement (n° 86-218 DC).

b – Mais la limite la plus sérieuse à l'influence de la jurisprudence constitutionnelle résulte de *l'absence de contrôle de constitutionnalité de la loi* une fois *promulguée.*

Si l'existence d'une loi promulguée ne fait pas obstacle au contrôle exercé par le Conseil sur une loi nouvelle depuis la décision 85-187 DC du 25 janvier 1985, il reste que la loi promulguée s'impose au juge chargé de l'application qui n'est pas juge de sa constitutionnalité.

Même au nom de la sécurité juridique, il y a quelque paradoxe à ce que puissent continuer de recevoir application des lois qui ne satisfont pas pleinement aux exigences constitutionnelles en matière

de contravention, de perquisitions, de prorogation des délais de garde à vue, d'amendes fiscales ou encore d'agréments fiscaux[7].

Pour remédier à cette situation on peut miser sur une application judicieuse par le juge judiciaire, et peut-être un jour par le juge administratif, des conventions internationales, de préférence à la loi interne qui leur est contraire[8]. On peut espérer, également, que le législateur procédera spontanément à une modification de la législation existante à l'effet de la rendre conforme aux exigences constitutionnelles, ainsi qu'il l'a fait, pour partie, s'agissant des perquisitions. Il est possible, enfin, de préconiser la création par le constituant d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité qui serait mise en œuvre devant le Conseil constitutionnel à l'initiative du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation (cf. nos observ. in *La Jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, p. 394).

En définitive, l'influence du Conseil constitutionnel se confond avec celle de la Constitution elle-même, tout en se situant dans une perspective où l'essentiel du contrôle pèse sur la loi en cours d'élaboration, c'est-à-dire, le plus souvent, sur des textes d'initiative gouvernementale.

Une forte contrainte en est résultée à l'égard du Parlement. Les tensions qui s'ensuivirent en 1982 et en 1986 ont pu, cependant, être surmontées. Au bout du compte le Conseil constitutionnel s'est trouvé conforté en tant que juridiction constitutionnelle agissant comme un modérateur de l'alternance politique. L'importance prise par le Conseil confère désormais à sa jurisprudence un rôle préventif important.

Paradoxalement, le Conseil constitutionnel exerce une influence moins forte à l'égard des juridictions ordinaires. Aussi peut-on se demander si le prochain progrès de l'Etat de droit ne passe pas par l'introduction d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité.

7. Cf. la décision du CE du 1er juin 1988, SA Berto rapprochée de la décision 87-237 DC du 30 décembre 1987.

8. Le Conseil constitutionnel s'est engagé dans cette voie lorsqu'il est juge de l'application des normes (CC, 21 octobre 1988).

RÉSUMÉ. — *L'influence du Conseil constitutionnel est essentielle sur le processus d'élaboration de lois nouvelles. Son intervention a permis tant une application égalitaire des règles du parlementarisme rationalisé qu'une réduction des effets des alternances politiques. Le rôle du Conseil est plus limité à l'égard des juridictions ordinaires.*