

JOURNAL

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ?

BRUNO GENEVOIS*

La question posée pourra paraître impertinente. Nous n'avons pas souvenir de colloques universitaires consacrés au Conseil constitutionnel où des participants aient fait état de ce que la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait imprévisible. Tout au contraire, lors d'une journée d'études sur le « Conseil constitutionnel et les partis politiques », qui s'est tenue à une date (le 14 mars 1987) où le rôle joué par le Conseil en période de « cohabitation » était très controversé, deux éminents spécialistes de sa jurisprudence, les P^{rs} Guy Carcassonne et Louis Favoreu, furent d'accord pour estimer qu'aucune des décisions rendues par la Haute Instance ne les avait surpris. La convergence de ces opinions ne pouvait que rassurer. Et cependant, il nous est revenu que dans les milieux parlementaires les décisions du juge constitutionnel pouvaient provoquer la surprise. Telle argumentation que ses auteurs considéraient *a priori* comme imparable se trouvait néanmoins écartée, alors qu'il en allait différemment pour des moyens présentés avec une moindre conviction.

Reconnaître que la réponse donnée par une juridiction à une question de droit puisse ne pas être univoque ne doit pas choquer. En droit administratif, les conclusions des commissaires du Gouvernement ne sont pas nécessairement suivies par les formations de jugement. Il arrive aussi, pour l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme, que l'opinion de la Commission ne soit pas partagée par la Cour (cf. par exemple, l'arrêt de la Cour du 20 nov. 1989, Markt Intern., *Rev. Tr. Dr. II.*, 1991, p. 203, note Jongen).

Si de semblables divergences peuvent survenir, elles ne sauraient, sauf à porter atteinte à la sérénité juridique et à fragiliser la mission du juge, devenir habituelles. On sent bien que tout est ici question de mesure.

* Conseiller d'Etat.

La relative incertitude du droit jurisprudentiel provient nous semble-t-il de deux causes différentes.

Pour une part, l'imprévisibilité de la jurisprudence d'une juridiction peut tenir à des facteurs structurels touchant à ses modes d'organisation et de fonctionnement.

Le jugement du contentieux fiscal porté devant le Conseil d'Etat a pendant longtemps été confié à trois sous-sections distinctes servant à la fois d'organe d'instruction et de jugement. Devant les risques de divergences de jurisprudence, des réformes ont dû être entreprises, initiées par le décret n° 68-796 du 9 septembre 1968, assurant ainsi une nécessaire unité de jurisprudence.

La Cour de cassation se trouve confrontée à des problèmes inhérents à l'existence de six chambres. Pour couper court à la survenance de solutions différentes selon les formations de jugement, l'intervention de l'Assemblée plénière est de plus en plus souvent sollicitée.

Un exemple extrême de divergence de jurisprudences d'origine structurelle nous est donné par le Tribunal constitutionnel portugais. Face à la question de savoir si les engagements internationaux font ou non partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, les deux sections du Tribunal ont adopté des attitudes opposées (cf. P. Bon et autres, *La justice constitutionnelle au Portugal*, p. 69).

Le Conseil constitutionnel nous paraît être à l'abri de ce type de phénomène dans la mesure où ses décisions émanent d'une formation de jugement unique. En outre, le mode de renouvellement de ses membres par tiers tous les trois ans est un élément de nature à assurer la continuité jurisprudentielle.

Mais il existe une autre cause d'incertitude du droit jurisprudentiel, qui n'épargne par le juge constitutionnel. Elle tient à ce que ce droit, dégagé et précisé cas par cas par le juge, se veut empreint d'une certaine souplesse.

En matière administrative cette souplesse est voulue et entretenue par le Conseil d'Etat qui cherche à rester maître de l'orientation de sa jurisprudence, ainsi que la doctrine l'a clairement mis en évidence. Que l'on songe à l'analyse au titre évocateur de Prosper Weil « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? » (*Ann. Fac. Dr. Aix-en-Provence*, 1959, p. 281) ou à des thèses justement réputées comme celles d'Yves Gaudemet (*Les méthodes du juge administratif*) ou de Stéphane Rials (*Le juge administratif et la technique du standard*).

La recherche d'une certaine souplesse, dans le but de mieux adapter la règle juridique à la variété des situations, explique qu'il puisse y avoir une part d'imprévisibilité du droit jurisprudentiel.

Ce qui est vrai pour le juge administratif ne l'est pas nécessairement pour le Conseil constitutionnel ou du moins ne se vérifie pas au même degré. Une comparaison ouvrirait la voie à un vaste débat. Dans le cadre de la présente étude, on se bornera à mettre l'accent sur plusieurs paramètres qui tout à la fois commandent, enadrent et expliquent l'ae-

tion du Conseil constitutionnel au titre du contrôle de constitutionnalité des normes.

Dans une vision théorique son rôle devrait se limiter à vérifier si la norme soumise à son contrôle (loi organique, loi, règlement d'une assemblée et, plus rarement, traité) méconnaît ou non la norme juridique supérieure. Ce faisant, et si on s'en tient au contrôle de constitutionnalité des lois, le juge constitutionnel agirait, selon la formule de Kelsen, en tant que « législateur négatif ». Le caractère *a priori* et abstrait du contrôle devrait conduire à souligner davantage encore cet aspect.

La réalité du contrôle est plus complexe. Quatre facteurs contribuent en effet à laisser au juge constitutionnel français une marge de manœuvre plus ou moins grande dans l'exercice de sa mission. L'existence de cette marge de manœuvre peut affecter à des degrés divers le caractère prévisible de la décision du juge.

Un premier facteur est lié à la délimitation du champ de la contestation portée devant le juge constitutionnel (I). Le deuxième facteur est relatif à la détermination des exigences constitutionnelles opposables au législateur (II). Un troisième élément a trait à l'étendue du contrôle exercé (III). Un dernier élément concerne le choix du mode de sanction des exigences constitutionnelles (IV).

Ces différents éléments seront abordés à partir de la jurisprudence dégagée par le Conseil constitutionnel au titre du contrôle de constitutionnalité instauré par l'article 61 de la Constitution. Sera privilégiée dans l'analyse la jurisprudence la plus récente du Conseil¹.

I

Le Conseil constitutionnel exerce une compétence d'attribution qui est en principe définie par la Constitution. Il a été admis cependant que, dans la mise en œuvre des principes posés par le texte constitutionnel, la compétence du Conseil pouvait connaître, par voie de loi organique, de légères extensions afin de permettre la création de blocs de compétence (n° 71-46 DC, 20 janv. 1972, *Rec.*, p. 21 ; n° 90-273 DC, 4 mai 1990, *Rec.*, p. 55).

En matière de contrôle de constitutionnalité la compétence du Conseil s'exerce dans le cadre défini par l'article 61 de la Constitution. Elle est obligatoire en vertu du premier alinéa de cet article pour les règlements des assemblées et pour les lois organiques. Elle est facultative s'agissant des lois ordinaires comme en dispose le deuxième alinéa de l'article 61 : « Aux mêmes fins, *les lois peuvent être déferées...* »

Deux points ressortent de la pratique qui s'est engagée à partir de ces dispositions : d'une part, la saisine d'une loi au titre de l'article 61, ali-

1. Le présent article est issu d'une communication faite le 3 mai 1991 à la Faculté de Droit de Montpellier lors d'une journée d'études consacrée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours des années 1989 et 1990.

néa 2, déclenche le contrôle de constitutionnalité de cette loi sans le limiter aux dispositions expressément contestées ; d'autre part, le fait pour le juge constitutionnel d'être en droit de soulever *d'office* l'inconstitutionnalité de toute disposition du texte déféré génère une certaine imprévisibilité quant au contenu de sa décision.

1 / Le premier point n'appelle guère de commentaires dans la mesure où il correspond à une jurisprudence bien établie qui remonte à la décision n° 60-8 DC du 11 août 1960 (*Rec.*, p. 25). Cette jurisprudence repose sur trois justifications essentielles.

a – Tout d'abord, sur un argument de texte. Le contrôle de constitutionnalité facultatif instauré par l'alinéa 2 de l'article 61 pour les lois est calqué sur le contrôle de constitutionnalité obligatoire prescrit par le premier alinéa de cet article pour les règlements des assemblées et pour les lois organiques, lequel porte sur l'intégralité du texte. La formulation du deuxième alinéa (aux mêmes fins, les lois...) se rattache quant à l'étendue du contrôle aux dispositions du premier alinéa (les lois organiques... et les règlements des assemblées... doivent être soumis au Conseil... qui se prononce sur leur conformité à la Constitution). En outre, les conséquences d'une saisine sont les mêmes qu'il s'agisse d'une loi organique ou d'une loi : la saisine suspend le délai de promulgation (art. 61, al. 4) ; une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée (art. 62, al. 2).

b – Dans le sens du contrôle intégral de la loi ordinaire peut être mis en avant également un argument de politique jurisprudentielle. Le juge constitutionnel ne souhaite pas devoir fermer les yeux sur une inconstitutionnalité flagrante contenue dans une loi déferée au motif que les auteurs d'une saisine ont omis de la dénoncer.

c – Enfin le Conseil, en optant en faveur du contrôle le plus large quant à son étendue, a le souci d'éviter que ne se crée une situation paradoxale liée au fait que les saisines n'ont pas à être assorties de l'énoncé de moyens d'inconstitutionnalité (n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Rec.*, p. 120). Au regard de la lettre du deuxième alinéa de l'article 61, il est difficile en cas de saisine motivée de limiter le contrôle aux seules dispositions expressément critiquées alors qu'une saisine dépourvue de moyens déboucherait sur un contrôle intégral.

Aussi bien le Conseil a-t-il confirmé par sa décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 (*Rec.*, p. 21) le caractère potentiellement intégral de son contrôle : même si dans sa saisine le Premier ministre ne soulève aucun moyen particulier, il appartient au Conseil constitutionnel « de relever *d'office* toute disposition de la loi déferée qui méconnaît des règles ou principes de valeur constitutionnelle ».

2 / Si la jurisprudence est bien établie, la pratique qui s'ensuit n'est pas sans présenter des incertitudes. Deux difficultés se sont fait jour.

a – Une première a trait à la possibilité concrète pour le juge constitutionnel d'exercer un contrôle de la totalité d'une loi lorsqu'il est saisi d'un

texte comprenant un nombre élevé d'articles, dont le contenu peut être au surplus très disparate. Se pose en pareil cas le problème de l'adéquation du dispositif de la décision du Conseil à la réalité du contrôle effectivement pratiqué (cf. nos observ. *AIJC*, 1989, p. 476). Cette question touche davantage à la définition de l'autorité des décisions de la Haute instance qu'à leur éventuelle imprévisibilité. Il importe malgré tout de relever que les contraintes de délai liées au contrôle *a priori* ne laissent pas toujours au juge la possibilité d'exercer effectivement un contrôle intégral, par-delà les critiques avancées par les saisissants. Il lui faut faire un choix ou établir des priorités.

b – C'est à ce stade qu'apparaît une seconde difficulté. Il s'agit de la détermination du critère en fonction duquel le Conseil décide ou non de soulever d'office une question d'inconstitutionnalité non expressément soulevée par les saisissants.

Le critère qui s'évince de la jurisprudence depuis 1982 est celui de l'inconstitutionnalité suffisamment manifeste et suffisamment grave. Mais, force est de reconnaître que la mise en œuvre de ce critère ouvre une large place à l'appréciation.

L'idée a parfois été émise de rattacher la gravité de l'inconstitutionnalité à l'existence d'une violation des droits fondamentaux. Il y aurait ainsi une théorie des questions d'ordre public devant le juge constitutionnel de la même manière que s'est forgé peu à peu devant le juge administratif le concept de moyen d'ordre public.

La jurisprudence constitutionnelle la plus récente ne restreint pas les cas où une question est soulevée d'office à l'éventualité d'une méconnaissance des droits et libertés des individus. Est pris en compte également par le juge le fait qu'une disposition méconnaît de façon manifeste sa jurisprudence dans des domaines où entrent en jeu de simples questions de compétence ou de procédure. C'est ainsi qu'a encouru une censure d'office : l'introduction dans une loi de finances de dispositions dépourvues de caractère financier, le fait pour un texte législatif d'empiéter sur le domaine d'intervention réservé aux lois de finances, ou même l'introduction par voie d'amendement d'une disposition dépourvue de lien avec le texte en discussion (n° 90-277 DC du 25 juill. 1990, Cons. n° 24, *Rec.*, p. 70).

Les statistiques portant sur les dispositions des lois ordinaires censurées en 1989 et en 1990 témoignent d'une tendance à l'accroissement du nombre des inconstitutionnalités soulevées d'office. Au cours de l'année 1989, sur un ensemble de 14 lois ordinaires soumises au Conseil, on relève 8 décisions de censure portant sur 14 chefs d'inconstitutionnalité distincts. Dans deux cas seulement le juge a statué d'office. Pour 1990, on recense 12 lois ordinaires déférées au Conseil, cinq décisions de censure portant sur 11 chefs d'inconstitutionnalité différents, dont 10 ont été relevés d'office.

Le fait que le contrôle de constitutionnalité des lois déférées soit potentiellement intégral sans toujours pouvoir être effectivement exercé sur la totalité de la loi, s'accompagne ainsi d'une marge d'incertitude sur

le point de savoir si le Conseil constitutionnel se saisira ou non d'office de questions non expressément soulevées. A ce titre, sa jurisprudence recèle, du point de vue des saisissants, une part d'imprévisibilité.

II

Le deuxième paramètre dont on peut se demander s'il n'est pas générateur d'incertitudes est lié à la *détermination des exigences constitutionnelles opposables au législateur*. On ne peut plus classique est le débat qui s'est instauré en doctrine sur le point de savoir si les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois sont des données objectives aisément identifiables ou si elles constituent un ensemble aux contours incertains au sein duquel le juge constitutionnel puiserait à sa convenance.

Il nous semble que le Conseil constitutionnel a le souci très net de n'opposer au législateur qu'une source de droit ayant son fondement dans un texte de valeur constitutionnelle. Cependant, il n'est pas douteux qu'il a la possibilité, dans le cadre de son pouvoir d'interprétation des normes, de tirer toutes les implications d'un principe de valeur constitutionnelle.

I / On ne saurait nier la volonté du Conseil constitutionnel de rattacher les éléments constitutifs du « bloc de constitutionnalité » à un texte de valeur constitutionnelle : articles de la Constitution de 1958 ; Déclaration des droits de 1789 ; principes fondamentaux reconnus par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; principes particulièrement nécessaires à notre temps proclamés par ce même Préambule.

a – Les raisons de cette attitude sont d'ordre à la fois juridique et stratégique.

Sur un plan juridique, le doyen Vedel a clairement montré que le Conseil constitutionnel n'est pas maître des sources du droit dont il fait application (cf. G. Vedel, *Le précédent judiciaire en droit public français*, Journées de la Société de législation comparée, 1984, p. 287). Il ne dispose pas de la même latitude que le Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit administratif. Le droit constitutionnel étant un droit qui définit des droits et des compétences, ses lacunes apparentes doivent être interprétées comme plaçant la matière considérée, non pas au niveau constitutionnel mais au niveau législatif ou gouvernemental (cf. *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Colloque des 21 et 22 janv. 1988, p. 233).

On peut penser aussi que cette analyse théorique se trouve confortée par des considérations d'ordre stratégique. Un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a priori*, mis en œuvre à l'initiative d'autorités politiques, incitera le juge constitutionnel à ne pas heurter de front le pouvoir législatif et à ne censurer une loi votée que pour des motifs d'ordre constitutionnel incontestables.

b – La jurisprudence la plus récente reste fidèle à cette orientation. Le Conseil constitutionnel fait montre de prudence en se gardant de consa-

crer un principe de valeur constitutionnelle de façon prématurée ou insuffisamment étayée sur le plan juridique.

Alors que la Cour constitutionnelle italienne a, sur le fondement des termes très généraux de l'article 2 de la Constitution de 1947, conféré valeur constitutionnelle au droit au logement (arrêt n° 404 de 1988), le Conseil constitutionnel s'est borné dans sa décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990 (*Rec.*, p. 61) à relever que les actions à mener pour promouvoir le logement des personnes défavorisées répondent « à une exigence d'intérêt national ».

Dans un ordre d'idées voisin, à un moment où la doctrine s'interroge sur la reconnaissance éventuelle comme droit de l'homme du droit à un environnement protégé, la décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990 (*Rec.*, p. 70) a censuré une disposition législative dérogeant aux prescriptions de la loi du 9 janvier 1985 relative à la protection et au développement de la montagne, pour un motif tiré de l'irrégularité de la procédure législative sans préjuger le fond (Cons. n° 24).

2 / La prudence dont témoigne le juge constitutionnel ne lui interdit cependant pas, au titre de son pouvoir d'interprétation des normes, de tirer toutes les implications d'un principe de valeur constitutionnelle. Nombre de décisions rendues dans la période récente en fournissent une illustration, que ce soit à propos de l'exigence constitutionnelle du pluralisme, du principe d'égalité ou des droits de la défense.

a - L'exigence constitutionnelle du pluralisme des courants d'idées et d'opinions s'est affirmée en jurisprudence depuis 1982 tout en se diversifiant.

Initialement, le Conseil a énoncé, à propos de la communication audiovisuelle, que « la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » figurait au nombre des objectifs de valeur constitutionnelle. Cette notion lui a paru tellement aller de soi que le juge constitutionnel ne l'a pas, contrairement à son habitude, rattachée à un texte (n° 82-141 DC du 27 juill. 1982, *Rec.*, p. 48 ; n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, *Rec.*, p. 141).

Transposée au domaine de la liberté de la presse, l'exigence du pluralisme des quotidiens d'information politique et générale a été déduite de l'article 11 de la Déclaration de 1789 (n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984, *Rec.*, p. 78 ; n° 86-210 DC du 29 juill. 1986, *Rec.*, p. 110).

A la faveur du contrôle de constitutionnalité de textes relatifs au financement de la vie politique, le Conseil a pu affirmer, en se référant principalement à l'article 4 de la Constitution, l'obligation pour le législateur de ne « pas compromettre l'expression démocratique des différents courants d'idées et d'opinions » (n° 88-242 DC du 10 mars 1988, *Rec.*, p. 36) et, mieux encore, de respecter « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui constitue le fondement de la démocratie » (n° 89-271 DC du 11 janv. 1990, *Rec.*, p. 21).

b - C'est au nom du principe constitutionnel d'égalité que la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 (*Rec.*, p. 33) énonce que, si le législateur

peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, c'est à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». Est par suite inconstitutionnelle l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice d'une prestation sociale, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement.

c – Considéré comme ayant valeur constitutionnelle en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe des droits de la défense a vu son contenu progressivement enrichi : il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties (n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, *Rec.*, p. 71) ; il a pour corollaire le principe du caractère contradictoire de la procédure suivie devant le juge de l'impôt (n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, *Cons.* n° 58, *Rec.*, p. 110) ; l'exercice des droits de la défense doit être préservé, même au stade de l'enquête préliminaire (n° 90-281 DC du 27 déc. 1990, *Rec.*, p. 91).

Il existe donc une dynamique des principes de valeur constitutionnelle, qu'illustre la latitude dont dispose le juge dans la détermination de leurs implications. Mais la démarche adoptée par le juge constitutionnel ne saurait surprendre les observateurs qui ont en mémoire la jurisprudence dégagée par d'autres juridictions en matière de droits et libertés. Le pluralisme en matière politique trouve son pendant dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Antérieurement à la décision n° 89-269 DC, le juge administratif a eu l'occasion d'affirmer les droits des étrangers en matière sociale. L'enrichissement du contenu des droits de la défense en matière pénale s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

III

Le fait que le *contrôle exercé* par le juge constitutionnel sur la norme soumise à son examen puisse être *modulé* introduit dans sa jurisprudence un élément de souplesse. Celui-ci ne nous paraît pas constituer un facteur d'imprévisibilité du droit jurisprudentiel dans la mesure où les lignes directrices de la jurisprudence apparaissent avec netteté, qu'il s'agisse du contrôle de constitutionnalité externe ou du contrôle de constitutionnalité interne.

1 / Le contrôle de *constitutionnalité externe*, qui porte sur les questions de compétence ou de procédure, se présente différemment selon qu'il intervient à titre obligatoire (art. 61, al. 1) ou à l'occasion de la mise en œuvre dans un cas coneret du contrôle facultatif (art. 61, al. 2).

a – Exercé sur les lois organiques et les règlements des assemblées, le contrôle de constitutionnalité est nécessairement strict.

Le Conseil constitutionnel, qui a été institué pour faire respecter les règles du parlementarisme rationalisé, ne serait pas fidèle à cette mission s'il ne procédait pas à un examen approfondi de la régularité des lois organiques et des modifications apportées par chaque assemblée à son règlement.

Exemplaire à cet égard est la décision n° 90-278 DC du 7 novembre 1990 (*Rec.*, p. 79) rendue à propos d'une résolution modifiant le règlement du Sénat. La Haute Assemblée a cherché en la circonstance à valoriser le travail parlementaire accompli en commission de façon à ce que les débats en séance plénière portent sur des problèmes importants sans être encombrés par des questions de détail. A cette fin ont été instituées des procédures dites de « vote sans débat » ou de « vote après débat restreint ». Mais les modalités de mise en œuvre de la première de ces procédures portaient atteinte à l'exercice du droit d'amendement. Les débats qui ont précédé l'adoption de la résolution ont montré que la majorité sénatoriale était consciente du risque qu'elle prenait sur le plan constitutionnel. Aussi bien la déclaration de non-conformité partielle de la résolution a-t-elle été accueillie sans surprise, puisque l'un de ses instigateurs pouvait déclarer à la suite de la décision n° 90-278 DC : « Nous avons franchi la ligne jaune... le Conseil constitutionnel nous l'a fait observer. »

b – Lorsqu'il s'exerce au titre de l'alinéa 2 de l'article 61, le contrôle de constitutionnalité externe peut, dans un cas concret déterminé, s'avérer moins strict.

Un élément de souplesse résulte de l'adoption par le Conseil constitutionnel de la distinction entre les formalités substantielles, dont le non-respect entraîne la nullité de la procédure législative, et des formalités non substantielles, qui n'affectent pas la régularité de cette procédure.

Ainsi, alors que pour l'élaboration d'une loi organique la méconnaissance d'une règle de procédure « revêt un caractère substantiel » (n° 89-263 DC du 11 janv. 1990, Cons. n° 7), une solution moins rigoureuse a pu prévaloir dans une autre décision rendue à propos d'une loi ordinaire. Suivant la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, une irrégularité de procédure, « faute de revêtir un caractère substantiel » (cf. Cons. n° 46), ne saurait conduire à une déclaration d'inconstitutionnalité.

2 / En ce qui concerne le contrôle de *constitutionnalité interne*, on dénote dans la jurisprudence deux caractéristiques touchant l'une au poids spécifique différent des droits et libertés, l'autre à l'existence dans le contentieux constitutionnel de la distinction héritée du contentieux administratif entre contrôle normal et contrôle restreint.

a – Le colloque organisé par le Conseil constitutionnel les 25 et 26 mai 1989 sur la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence* (PUF, éd. coll. « Recherches politiques », 1989) a permis de mettre en évidence que, parmi les droits et libertés de valeur constitutionnelle, certains sont mieux garantis que d'autres.

Font par exemple l'objet d'une protection accrue : le principe des

droits de la défense, la liberté individuelle, la liberté de la presse et plus généralement le respect du pluralisme des courants d'idées et d'opinions.

La protection est moindre pour le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre lorsque le législateur décide d'en limiter l'exercice en fonction de considérations d'intérêt général.

Le fait que les différents droits constitutionnels n'aient pas le même poids spécifique permet de trouver une issue lorsqu'ils sont susceptibles d'entrer en conflit.

Au vu de cette composante de la jurisprudence, il n'y a pas lieu de se montrer surpris du rejet par le juge constitutionnel de moyens tirés d'atteintes portées au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre, articulés à l'encontre de diverses dispositions législatives : définition du rôle des associations foncières agricoles (n° 89-267 DC du 22 janv. 1990) ; dédoublement de la convention nationale des médecins (n° 89-269 DC du 22 janv. 1990) ; modification des rapports entre les cliniques et les organismes de sécurité sociale (n° 90-287 DC du 16 janv. 1991) ; mesures de lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme (n° 90-283 DC du 8 janv. 1991) ; création d'une nouvelle catégorie de salariés protégés (n° 90-284 DC du 16 janv. 1991).

b – Une autre composante essentielle de la jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité interne est la *distinction entre le contrôle normal et le contrôle restreint*.

Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur cette terminologie (cf. les réserves de F. Luchaire, *RDP*, 1991, p. 270), elle nous paraît traduire une orientation de la jurisprudence qui est d'ailleurs commune au Conseil constitutionnel et à d'autres juridictions (Conseil d'Etat, Cour de Justice des Communautés européennes, Cour européenne des droits de l'homme, Cour d'arbitrage de Belgique).

Il existe en droit constitutionnel jurisprudentiel deux degrés de contrôle comme l'a montré en particulier la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation : restreint sur le point de savoir si les nationalisations décidées par le législateur répondaient à une « nécessité publique » au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789, le contrôle a revêtu toute son ampleur quant à l'appréciation du caractère « juste » de l'indemnisation des actionnaires.

Selon que le juge constitutionnel opte pour un contrôle approfondi (qui peut aller jusqu'à un contrôle de proportionnalité) ou pour un contrôle restreint, sa décision peut ne pas être la même.

De ce point de vue, il n'est pas sans intérêt de comparer les positions adoptées respectivement par la Commission permanente du Conseil d'Etat et par le Conseil constitutionnel au sujet du texte de loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux.

La Commission permanente avait émis le 25 juin 1990 un avis défavorable au projet de loi (cf. *RFDC*, n° 5, p. 132), au motif que l'objectif de regroupement des élections qu'il s'assignait pouvait être atteint sans modifier la durée des mandats électoraux en cours.

Le Conseil constitutionnel a, par sa décision n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, admis la constitutionnalité de la loi en rappelant notamment qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Il a également mis l'accent sur le fait que les modalités d'application définies par la loi pour atteindre l'objectif de regroupement des consultations revêtaient « un caractère exceptionnel et transitoire ».

A notre avis, les incertitudes touchant au degré d'intensité du contrôle exercé par le juge constitutionnel sont destinées à se résorber. Au fur et à mesure du développement de la jurisprudence, le poids spécifique de chaque liberté se trouvera davantage précisé et les hypothèses de contrôle restreint seront circonscrites avec netteté.

IV

Le dernier paramètre qu'il convient de faire entrer en ligne de compte est relatif au *mode de sanction des exigences constitutionnelles*. Le Conseil n'est pas enfermé dans l'alternative : conformité ou non-conformité. Il est des cas où entre ces deux solutions extrêmes il lui est possible de faire sienne une interprétation du texte conforme à la Constitution. Par ailleurs, même s'il choisit de censurer une disposition, il lui appartient d'en préciser l'incidence sur le texte pris dans son ensemble.

I / Le recours à une interprétation « neutralisante » d'un texte soumis à un contrôle de conformité à des normes juridiques supérieures est une technique couramment mise en œuvre par de nombreuses juridictions. En une circonstance, la Cour de Justice des Communautés européennes lui a même consacré un attendu de portée générale (CJCE, 13 déc. 1983, aff. 218/82).

Le Conseil constitutionnel y a fréquemment recours. Dans une certaine mesure, l'interprétation neutralisante est un substitut de la censure du texte. Lorsqu'il décide d'opter en sa faveur plutôt que de censurer la loi, le Conseil dispose sur ce point encore d'une marge d'appréciation. Des décisions récentes concernant les domaines les plus divers en apportent la confirmation.

a – Confronté à une disposition législative ouvrant aux organisations syndicales représentatives le droit d'exercer en justice toutes actions qui naissent des dispositions régissant le licenciement, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, le Conseil constitutionnel l'a interprétée dans un sens conforme au respect de la liberté personnelle du salarié (n° 89-257 DC du 25 juill. 1989). Le décret du 11 octobre 1989 pris pour l'application de la loi a tiré les conséquences de la décision du Conseil.

On notera qu'une disposition du code du travail hongrois autorisant un syndicat à agir pour les travailleurs et en leur nom sans aucune autorisation formelle a été censurée en 1990 par la Cour constitutionnelle de la République hongroise.

b – En matière de *sanctions administratives*, le Conseil constitutionnel a poussé très loin la technique de l'interprétation neutralisante, d'abord dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 sur les pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (cf. *Rec.*, p. 18, et *RFDA*, 1989, p. 215, avec nos observ.), puis dans sa décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 sur les pouvoirs dévolus à la Commission des opérations de bourse (cf. *Rec.*, p. 71, et *RFDA*, 1989, p. 671).

c – Invitée à plusieurs reprises à fixer le cadre constitutionnel dans lequel les officiers ou agents de police judiciaire ou des personnes habilitées peuvent procéder à des investigations, la Haute instance a, en fonction du contenu du texte soumis à son examen, donné la préférence, soit à l'interprétation neutralisante, soit à la déclaration de non-conformité.

La première solution l'a emporté en ce qui concerne aussi bien les aménagements apportés aux pouvoirs de perquisition des agents de l'administration fiscale (n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, *Rec.*, p. 110) que la définition des pouvoirs de contrôle des officiers de police judiciaire mandatés par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (n° 89-271 DC du 11 janv. 1990, *Rec.*, p. 21).

Une solution de censure a prévalu lors de l'examen d'une disposition législative attribuant des pouvoirs d'investigation étendus aux officiers et agents de police judiciaire, ainsi qu'aux fonctionnaires de l'administration des télécommunications habilités à cet effet (n° 90-281 DC du 27 déc. 1990, *Rec.*, p. 91).

Il importe de souligner que le choix effectué par le juge constitutionnel est tributaire de la rédaction du texte qui lui est soumis et n'a de toute façon pas d'incidence sur le contenu du droit constitutionnel jurisprudentiel ; les exigences constitutionnelles sont identiques qu'il y ait déclaration de non-conformité ou interprétation conforme.

2 / Une observation analogue s'impose pour ce qui est de *l'incidence d'une déclaration de non-conformité d'une partie d'un texte sur ce dernier pris dans son ensemble*.

Si l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 édicte des règles très précises en cette matière, leur application concrète peut, dans des hypothèses il est vrai assez rares, poser problème.

a – Il est à peine besoin de rappeler que dans ses articles 21, 22 et 23, l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 traite de l'incidence du contrôle de constitutionnalité des lois sur le déroulement de la procédure législative. L'ordonnance envisage diverses hypothèses : l'absence d'obstacle à la promulgation du texte en cas de déclaration de sa conformité à la Constitution (art. 21) ; l'impossibilité de promulguer une disposition législative déclarée contraire à la Constitution ainsi que toute autre disposition de la même loi qui en est inséparable (art. 22) ; le choix offert au Président de la République, lorsqu'une loi comporte une disposition contraire à la Constitution tout en étant séparable de l'ensemble du texte, entre la promulgation du

texte amputé de la disposition inconstitutionnelle et la demande aux assemblées d'une nouvelle délibération de la loi (art. 23).

Essentielle pour la mise en œuvre de ces règles est la constatation par le Conseil constitutionnel du caractère inséparable ou non de tout ou partie de la loi, de la disposition qu'il déclare contraire à la Constitution.

Pour apprécier le caractère séparable ou non de l'ensemble du texte d'une disposition jugée inconstitutionnelle le Conseil se réfère tant au contenu même du texte qu'aux débats auxquels sa discussion a donné lieu devant le Parlement. Sont ainsi prises en compte, non seulement la correction grammaticale du texte, mais aussi sa cohérence au regard de l'intention exprimée par le législateur.

b – La mise en œuvre de ces principes ne soulève pas en règle générale de difficulté.

Néanmoins, en raison de la variété des situations concrètes qui lui sont soumises, le juge constitutionnel peut se trouver en présence de cas où il lui est loisible d'opter entre deux solutions : l'une se bornant à censurer quelques mots seulement au sein d'un article de loi ; l'autre consistant à étendre la portée de la censure en fonction d'une acception large de l'inséparabilité.

Cette seconde solution a le mérite de la netteté alors que la première (la censure « au laser ») peut être considérée comme moins brutale à l'égard du législateur.

Mais une censure limitée au minimum n'est pas sans présenter des inconvénients. Elle peut aboutir à rendre difficilement intelligible la disposition législative qui subsiste après sa censure partielle. Il est possible d'évoquer sur ce point la censure d'un membre de phrase de l'article 102 de la loi de finances pour 1990 concernant la faculté ouverte à l'administration fiscale de demander au juge de l'impôt de l'autoriser à rectifier une erreur non substantielle nonobstant l'expiration du délai de prescription (cf. n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, Cons. n° 62).

A titre exceptionnel, la censure « au laser », sans le correctif de l'inséparabilité, est susceptible de conduire à une légère extension du champ d'application d'une disposition législative à la suite de la décision du juge constitutionnel : au nom du principe d'égalité, la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 a étendu le droit de réponse à la télévision à l'ensemble des personnes morales, alors que la loi en limitait le bénéfice, en dehors des personnes physiques, aux personnes morales sans but lucratif ; au nom du même principe, la décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 a insensiblement élargi la portée de l'amnistie décidée par l'article 19 de la loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités publiques.

Les situations que l'on vient d'évoquer restent cependant marginales et ne constituent pas une source tangible d'imprévisibilité de la jurisprudence.

L'interrogation qui est à l'origine de notre analyse appelle en définitive une réponse nuancée. Si l'on s'abstient de prendre en compte les

divers paramètres qui encadrent et commandent l'intervention du juge constitutionnel, on conçoit que d'aucuns puissent être enclins à taxer sa jurisprudence d'imprévisibilité.

Mais si l'on s'astreint à replacer la jurisprudence dans le contexte d'ensemble dont nous avons rappelé les grandes lignes, il nous paraît alors tout à fait contestable de conclure à son caractère imprévisible.

Au demeurant, nous sommes convaincu que le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel est en lui-même un réducteur d'incertitudes sur le plan juridique. Dans de nombreux domaines la jurisprudence du Conseil est clairement fixée et constitue une base de référence permettant aux services du Secrétariat général du Gouvernement, aux formations administratives du Conseil d'État et aux fonctionnaires des assemblées de prévenir d'éventuelles inconstitutionnalités au stade de l'élaboration de la législation.

Tout au plus, peut-on relever que le contrôle préventif est dans l'ensemble mieux assuré sur les projets de loi que sur les propositions de loi ou les amendements dont font l'objet les textes soumis à la délibération des assemblées.

Sans doute, pour les questions qui n'ont pas déjà suscité l'intervention du juge constitutionnel, la prévention s'avère plus malaisée et il peut y avoir place pour l'incertitude. Mais, et nous espérons l'avoir démontré, cette dernière ne saurait être exagérée. Il est possible à tout le moins de la rattacher aux paramètres que nous avons cherché à mettre en évidence.