

ALAIN WERNER*

Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant

L'opinion des juristes vis-à-vis du rôle joué par le Conseil constitutionnel n'est pas aussi assurée qu'on voudrait nous le faire penser. Le non-aboutissement, au printemps 1990, de la réforme portant élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel paraît à cet égard significatif et l'on ne saurait s'arrêter aux maladresses répétées du Gouvernement refusant d'associer sérieusement l'opposition à une réforme constitutionnelle présentée, rapidement, comme la suite inévitable et raisonnable de la réforme libérale d'octobre 1974.

On s'étonnera d'abord du peu d'empressement manifesté, en 1990 et aujourd'hui, par les responsables politiques, visiblement très peu informés, à soutenir, voire à contester, une réforme aux effets juridiques et institutionnels aussi importants. D. Maus¹ reconnaîtra lors d'une journée d'études consacrée à ce sujet que les forces politiques ne sont pas prêtes à en débattre et que leurs prises de positions sont « creuses, ambiguës et floues ».

Les commentateurs politiques habituels étant démobilisés ce sont les juristes qui ont accaparé le débat, le simplifiant souvent à l'extrême. Comment s'opposer sérieusement à une réforme dont l'objet est d'assurer une meilleure défense des droits de l'homme ? Comment contester un renforcement de l'Etat de droit ? Les juristes eux-mêmes semblant anesthésiés après les commentaires bienveillants des juristes les plus observés². On tiendra pour acquis le principe de l'institution d'un contrôle de constitu-

* Maître de conférences à l'Université de Bourgogne, vice-doyen.

1. D. Maus, Les forces politiques face à l'exception, in *L'exception d'inconstitutionnalité*, STH, p. 91.

2. O. Duhamel reconnaîtra « qu'il n'y a pas l'exposé de grandes prises de positions flamboyantes pour la réforme » (*L'exception d'inconstitutionnalité*, op. cit., p. 131).

tionnalité par voie d'exception¹, seuls seront discutés les problèmes juridiques et techniques liés à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*.

La résistance la plus sérieuse à la réforme viendra du Sénat et plus précisément du président et rapporteur, en cette occasion, de la Commission des lois. J. Larché². Alors que le Parlement souffre régulièrement d'impuissance, il n'est guère judicieux pour les sénateurs de remettre en cause ce fragile équilibre institutionnel au profit des juridictions et du Conseil constitutionnel.

L'opposition sénatoriale conduira à une interruption de la procédure de révision constitutionnelle après le dernier vote de cette assemblée le 28 juin 1990. Visiblement, comme le remarque Louis Favoreu, lui-même très partagé sur l'opportunité de la réforme, les parlementaires légistes formés dans les magistratures judiciaires ou administratives ont peu apprécié « la montée en puissance du Conseil constitutionnel qu'ils considèrent toujours comme une non-juridiction »³. De plus, selon cet auteur, les juristes responsables de l'élaboration du projet de loi auprès du Gouvernement « n'étaient pas nécessairement favorables à l'ascension du Conseil constitutionnel et à l'accroissement de son rôle et de son influence dans l'ordre juridique »⁴. Pourtant, dans son rapport remis au chef de l'Etat le 15 février 1993, le Comité consultatif pour la révision de la Constitution reprend l'essentiel du dispositif présenté au Parlement en 1990.

Le malaise est donc réel et pèse sur l'institution elle-même. On se surprend à reprendre les questions posées par J. Foyer⁵ en 1974. Quel est le droit que doit appliquer le Conseil constitutionnel ? Qui doit déterminer le contenu du bloc de constitutionnalité. Aujourd'hui, ces questions sont toujours sans réponse et cette « juridicisation », souhaitée et soutenue par certains juristes et accélérée par l'ingérence du droit communautaire, n'est guère exaltante et surtout rassurante sur le plan démocratique. La loi française étant désormais inapplicable lorsqu'elle est contraire à des engagements internationaux, faut-il y ajouter un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*⁶ ? Mesure-t-on, enfin, les conséquences institutionnelles et politiques d'un tel bouleversement ?

LE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Il est presque banal de constater que le Conseil constitutionnel a très largement dépassé le rôle qui lui était imparti. On découvre d'abord que

1. B. Genevois, *L'exception d'inconstitutionnalité*, *op. cit.*, p. 97.

2. Sénat n° 351 et n° 435, juin 1990.

3. L. Favoreu, *L'exception d'inconstitutionnalité*, *op. cit.*, p. 131.

4. L. Favoreu, L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1990, p. 612.

5. Voir L. Hamon, *Les juges de la loi*, Fayard, p. 176-177.

6. Voir Y. Gaudemet, Éviter la chicane, *Le Monde*, 3 juin 1993.

cette institution prend peu de place dans les débats parlementaires et politiques liés à l'élaboration de la Constitution. C'est devant le Comité consultatif constitutionnel qu'il en sera question, et encore de manière détournée, puisqu'on n'évoquera son rôle qu'à propos d'une proposition des assemblées visant à saisir le Conseil constitutionnel par un tiers des parlementaires. Fr. Luchaire faisant valoir les limites de la saisine du Conseil constitutionnel constate que « le Conseil ne sera pas en réalité le gardien de la Constitution, mais permettra de régler certains litiges d'ordre juridique opposant les grands organes de l'Etat »¹. On attend du Conseil constitutionnel qu'il ne soit que le juge régulateur des pouvoirs publics constitutionnels et surtout qu'il empêche le Parlement de dépasser le cadre de ses compétences nouvelles. P.-H. Teitgen, au nom du MRP, soulignera le danger d'une saisine systématique du Conseil constitutionnel, qui pourrait être aggravée par l'appréciation par le juge de la conformité de la loi vis-à-vis du préambule de la Constitution : « Si vous admettez que le contrôle de constitutionnalité porte sur la conformité avec le préambule, vous aboutissez à donner au Conseil constitutionnel un pouvoir considérable. »² Déjà, R. Janot, commissaire du Gouvernement auprès du Comité consultatif constitutionnel, faisait remarquer que si l'on accorde valeur constitutionnelle à la déclaration des droits de 1789 et au préambule de 1946 on va au devant de difficultés considérables³. Pour le conseiller d'Etat, si le préambule lie le Gouvernement, il n'oblige pas le Parlement. Prenant l'exemple de la loi relative aux pouvoirs spéciaux en Algérie, si l'on prête au préambule une valeur constitutionnelle, on ne peut que conclure à l'inconstitutionnalité de cette loi : ce qui ne saurait être accepté à cette époque. L'intention du constituant d'exclure du texte constitutionnel le préambule est tellement évidente qu'à plusieurs reprises le Gouvernement et la majorité des membres du Comité consultatif constitutionnel s'opposent à ce que l'on « constitutionnalise » les dispositions contenues dans le préambule⁴. Sous la IV^e République, la Constitution n'admettait pas la révision du préambule et l'article 90 portant sur la procédure de révision de la Constitution avait exclu le préambule de la compétence du Comité constitutionnel. Ainsi, il est clair qu'en 1958, comme l'admet D. Maus⁵, « le juge n'appliquerait pas le préambule » et cela n'avait pas commandé d'adjonction comme en 1945 dans la Constitution.

Quant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen beaucoup s'accordent à considérer que ses auteurs n'ont voulu établir qu'un texte purement indicatif et déclaratif. En réalité, la Déclaration consacre plus la loi qu'elle ne la réduit, elle établit des principes qui ne peuvent être définis

1. *Documents pour servir à l'élaboration de la Constitution de 1958*, vol. I, Doc. française, 1978, p. 382.

2. Vol. II, p. 179.

3. Vol. II, p. 104.

4. Vol. II, p. 447 à 452.

5. D. Maus, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 29.

et précisés que par le législateur. Pour R. Chapus¹, « toute la déclaration est tournée contre l'exécutif, mais sans défense contre la loi ». Ainsi la Déclaration renvoie régulièrement au droit positif pour établir le contenu et les limites des principes généraux évoqués². P. Wachsmann, considère que cette référence constante au droit naturel serait « un simple camouflage, une imposture de l'Assemblée, un moyen habile de donner à l'œuvre constituante sa légitimité, d'éviter de paraître déployer une volonté libre et forcément arbitraire »³. Prenant appui logiquement sur l'article 2 de la Déclaration qui énumère strictement les droits naturels et imprescriptibles de l'homme qui sont « la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression », il en déduit qu'il n'y a pas en réalité de droit naturel et « qu'il n'y a de droits que ceux qui sont énumérés dans le texte ».

Dans le même sens, J. Rivero reconnaît que les formules du préambule sont trop vagues pour fonder un contentieux de l'inconstitutionnalité : « La déclaration de 1789, catéchisme d'un ordre nouveau, exposé d'ensemble d'une théorie des cités libres autant et plus encore que catalogue des libertés n'a pas été considérée par ses auteurs comme un texte de droit positif, mais bien comme un rappel du droit naturel... dont le contenu est pour beaucoup périmé. »⁴

S'il appartient au juge administratif ou au juge judiciaire de créer une règle de droit en l'absence de prescription législative, puisque le législateur peut toujours revenir sur cette jurisprudence, il est difficile d'admettre que le juge constitutionnel puisse créer une règle de droit constitutionnel non établie ou insuffisamment précisée. N'étant pas un organe politique légitimé, comment justifier une telle usurpation du pouvoir constituant, alors que le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement, depuis la décision du 15 janvier 1975, que l'article 61 ne lui « confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ».

Il est encore plus difficile d'admettre, avec M. Troper⁵, que les déclarations sont des droits naturels qui existent pas essence et donc objectivement en dehors du temps. Pour l'auteur, ces droits, proclamés depuis fort longtemps, s'imposent non pas en raison d'une « volonté historique et contingente mais par rapport à une vérité éternelle ». On retrouve finalement L. Duguit⁶ qui soutient que la Déclaration de 1789 s'impose même au pouvoir constituant ou R. Badinter qui estime « qu'il y a des libertés

1. R. Chapus, *Les fondements de l'organisation de l'Etat*, Colloque du 26 mai 1989, PUF, p. 188.

2. On pourrait prendre comme exemple les articles 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 17 de la Déclaration.

3. P. Wachsmann, 1789 et l'invention de la Constitution, in *La Déclaration des droits de l'homme...*, op. cit., p. 16 et s.

4. J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2^e éd., Presses Universitaires Aix-Marseille, p. 20.

5. M. Troper, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Colloque 25 et 26 mai 1989, PUF, p. 13 et s.

6. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 1928, p. 183 et s.

intangibles que le constituant même ne pourrait supprimer. Seraient seuls modifiables les droits qui n'appartiennent pas à ce noyau sacré »¹.

On est bien entendu très loin des réserves de Montesquieu qui affirme « que les jugements doivent être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements qu'on y contracte »².

LE COUP D'ÉTAT DU 16 JUILLET 1971

Le débat sur la jurisprudence, source de droit, semble ne plus avoir de sens depuis la « révolution » du 16 juillet 1971. Comme le fait remarquer J. Rivero, la Constitution française, en une seule décision, « a doublé de volume »³ !

Dès lors que le Conseil s'est prononcé le débat est clos, définitivement. Cela rappelle la « justice immanente »⁴ ! Le référendum constituant devient alors l'ultime recours, mais cette voie est difficilement accessible, sinon impossible, sauf dans l'hypothèse d'une opposition conjuguée des pouvoirs constitués. En l'absence de normes précises de référence, certains arrivent à soutenir que l'action du législateur doit se limiter à des problèmes de gestion, le juge assumant ainsi les pulsions de la conscience collective ! D'autres, heureusement, s'émeuvent de la légitimité d'un Etat de droit qui aboutit trop souvent à confier aux juges la mission de prendre les décisions essentielles. Pour Y. Gaudement, « ne doit-on pas craindre que trop de droit ne tue le droit ? »⁵. M. Guénaire estime que neuf juges « à la manière d'un aéroport affirment souverainement les limites de l'action politique ».

Ainsi, tous les juristes ne sont pas aussi impressionnés par les « audaces » jurisprudentielles du Conseil constitutionnel. J.-M. Garrigou-Lagrange se demande « si ne naît pas en France une nouvelle religion de la Constitution dont le Conseil constitutionnel serait le grand prêtre, oracle de vérités mystérieuses devant lesquelles acteurs institutionnels et commentateurs n'auraient qu'à s'incliner »⁶. J. Chevallier constate que le Conseil oscille constamment « entre l'audace et la prudence et fait preuve d'une vigilance à éclipses »⁷.

Le dissident le plus appliqué est, sans conteste, R. de Lacharrière.

1. R. Badinter, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, op. cit., p. 32-33.

2. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. VI, chap. III et liv. XI, chap. VI.

3. J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, p. 182.

4. M. Guénaire, L'urgence de la politique, *Politiques*, n° 6, 1993.

5. Yves Gaudement, Eviter la chicane, *Le Monde*, 3 juin 1993.

6. J.-M. Garrigou-Lagrange, Les partenaires du Conseil constitutionnel, *RDP*, 1986, p. 680.

7. J. Chevallier, L'Etat de droit, *RDP*, 1, 1988, p. 344.

Reprenant la formule gaullienne : « En France, la Cour suprême, c'est le peuple »¹, il rejette cet « extravagant veto du Conseil constitutionnel » et dénonce ce véritable culte du droit qui constitue une menace pour la démocratie. S'inscrivant trop profondément dans les rapports de forces politiques, le Conseil ne peut disposer de cette sérénité nécessaire pour satisfaire aux obligations de la fonction juridictionnelle.

On en arrive, aujourd'hui, de manière surprenante, à considérer que le Conseil constitutionnel est la conscience de la République en appliquant la technique américaine du « standard »² où le juge confronte en permanence la compatibilité des règles de droit avec les intérêts sociaux dont il se veut l'interprète. Le juge devient un sage et l'image qui prévaut est celle du « Grand Commandeur » !

Dans un contexte aussi favorable et quasiment angélique, il n'est pas surprenant de voir des commentateurs, pourtant avisés, soutenir que le Conseil constitutionnel, par sa jurisprudence, exprime la volonté générale. Pour M. Troper, le Parlement « statue en opportunité » alors que le juge constitutionnel statue le plus souvent au « terme d'un raisonnement juridique et subit les contraintes liées à ce raisonnement »³. Dans le même sens, D. Rousseau prétend qu'avant l'intervention du Conseil constitutionnel « la volonté des représentants prévalait sur celle du peuple, du fait de la confusion, de l'identification et donc de la substitution de ceux-là à celui-ci » et qu'aujourd'hui et avec lui, « la souveraineté populaire est en position de prévaloir, car elle dispose d'un moyen, le Conseil précisément, lui permettant d'exprimer, contre les prétentions des représentants, sa volonté »⁴ !

Les modes de désignation des membres du Conseil constitutionnel nous feraient plutôt douter de sa représentativité ! L. Favoreu est encore plus explicite lorsqu'il constate, ingénument, que les sensibilités de gauche sont largement représentées au Conseil depuis 1992, et que ce rapport de forces ne pourra s'inverser en 1998 que si la gauche perd les élections législatives et l'élection présidentielle de 1995⁵. Tout projet d'élargissement des compétences du Conseil constitutionnel qui ne remet pas en cause sa composition, ce que ne fait pas le Comité consultatif de février 1993, n'est donc pas innocent !

Dans un contexte aussi peu favorable au Parlement, le Conseil constitutionnel qui se pose, selon G. Vedel, en défenseur ultime de « la transcendance des droits de l'homme »⁶ ne peut connaître qu'un dépassement de ses compétences, qui confine à l'abus de pouvoir. Peut-on se réjouir, avec

1. R. de Lacharrière, *La V^e République, quelle République*, PUF, 1983.

2. Le standard est une mesure moyenne de conduite sociale correcte, voir Stéphane Rials, *Le juge administratif et la technique du standard*, LGDJ, 1980.

3. M. Troper, Justice constitutionnelle et démocratie, *RFDC*, 1990, 1, p. 47.

4. D. Rousseau, Une résurrection : la notion de Constitution, *RDP*, 1990, p. 9.

5. L. Favoreu, L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1990, 4.

6. G. Vedel, revue *Pouvoirs*, n° 44, 1988, p. 159.

D. Rousseau et d'autres auteurs, que « le Conseil constitutionnel par son pouvoir d'interprétation reerée sans cesse la Constitution et inaugure ainsi un espace vivant de création indéfinie du Droit » ? N'y a-t-il pas, bien au contraire, une dénaturation de la règle constitutionnelle et de la notion de Constitution ? G. Vedel, concédant que « l'on est plus dans le monde de l'esprit de finesse que dans celui de géométrie »¹, reconnaît que la prise en considération de l'opinion dominante par le Conseil constitutionnel conduit à un risque inévitable de subjectivité limitée par le fait que le juge se « trouve au carrefour de la logique et de la foi » !... Le danger est d'autant plus grand et évident lorsque le Conseil constitutionnel se réserve de concilier des principes de valeur constitutionnelle non concordants.

Dans une décision du 2 septembre 1992, le Conseil constitutionnel, saisi pour la première fois par les parlementaires au titre de l'article 54, écarte l'idée selon laquelle il existerait un bloc de grands principes que le pouvoir constituant lui-même devrait respecter. D'une manière beureuse, le juge considère que « le pouvoir constituant est souverain : qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée »². Cette jurisprudence paraît se détourner des suggestions émises à plusieurs reprises par B. Genevois³ portant sur l'établissement d'une hiérarchie matérielle des libertés publiques qui seraient de premier, second ou troisième rang. Mais l'opposition n'est, malheureusement, qu'apparente puisque régulièrement le Conseil constitutionnel privilégie des principes de valeur constitutionnelle par rapport à d'autres principes pourtant de nature équivalente⁴, mais surtout le juge, dans la décision du 2 septembre 1992, admet d'exercer un contrôle des lois constitutionnelles adoptées par le Congrès, vis-à-vis notamment de l'article 89, alinéa 5, qui pour certains auteurs inclut les valeurs fondamentales de la République⁵ !

Le risque de détournement de pouvoir n'échappe pas à G. Vedel, pourtant peu suspect de positivisme, qui admet « à notre sentiment, la vraie pierre de touche du Gouvernement des juges se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie non d'appliquer la Constitution ou de l'interpréter même de façon constructive, mais sous quelque

1. G. Vedel, Colloque des 25-26 mai 1988, PUF, p. 60.

2. Déc. 92-312 du 2 septembre 1992, *RFDC*, n° 11, Co. L. Favoreu-P. Gaïa.

3. Egalement S. Arné qui prétend que si le pouvoir constituant est souverain il ne peut porter atteinte à ce qui est supraconstitutionnel, *RDP*, n° 2, 1993, p. 460.

4. Par exemple, dans la décision du 16 janvier 1991 (n° 90-287, *JO*, 18 janvier 1991, p. 924) le Conseil opère une conciliation entre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre et un « objectif d'intérêt général, la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé », un droit social, ce qui est légitime sur le fond, peut donc l'emporter sur un principe pourtant fondamental : le droit de propriété !

5. L. Favoreu, *RFDC*, n° 12, 1992.

nom que ce soit de la compléter sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création, fussent-elles débordantes de bonnes intentions »¹.

Si le Conseil constitutionnel dans un premier temps consacre des principes constitutionnels déduits directement ou indirectement de textes, il lui arrive régulièrement de ne prendre aucune précaution pour rattacher le principe découvert à un texte particulier. Ainsi, dans une décision du 29 mai 1990², il n'hésite pas à considérer que « la promotion au logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national ». Le droit au logement des individus et de leur famille serait-il un principe de valeur constitutionnelle ? Précédemment, dans une décision du 27 juillet 1982, relative à la communication audiovisuelle, c'est la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels qui sont propulsés au rang d'objectifs de valeur constitutionnelle. Enfin, dans une décision du 20 janvier 1993³ touchant la loi relative à la prévention de la corruption, c'est le principe « de liberté personnelle » qui se voit consacré, quoique non écrit.

L'évolution du Conseil constitutionnel est d'autant plus discutable qu'il n'explique pas les raisons qui l'ont conduit à soulever, en opportunité, les moyens touchant l'ordre public constitutionnel et nous savons qu'il n'a plus de scrupules à se saisir d'office des dispositions qui n'ont pas été précisément critiquées⁴. Les conclusions du rapporteur ne sont pas publiées, de même que les débats en séance plénière. « Il profère la vérité sans contestation possible. »⁵ Il n'y a pas, enfin, comme au Conseil d'Etat, de Commissaire du Gouvernement dont on connaît le rôle capital dans la construction de la jurisprudence administrative.

Tout conduit au secret de l'élaboration de la décision du Conseil constitutionnel. L'opinion et les pouvoirs publics n'ont plus qu'à s'incliner et à s'exécuter. Contestant cette procédure rudimentaire et le secret constitutionnel, D. Rousseau suggère qu'il soit satisfait « à l'exigence première du débat démocratique : son caractère public et transparent »⁶.

1. G. Vedel, *La place de la Déclaration...*, *op. cit.*, p. 64.

2. Déc. n° 90-274, 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61 ; X. Pretot, *RFSS*, 1990, p. 711 ; L. Favoreu, *RFDC*, 1990, p. 497. On pourrait admettre comme Xavier Pretot (*Droit social*, mars 1991, p. 198) « qu'on ne saurait s'en remettre à une juridiction, qu'elle qu'en soit la qualité, du soin de déterminer, dans le domaine social comme en d'autres matières, la politique nationale, pour des raisons qui tiennent, en définitive, moins à la complexité et à la technicité des problèmes en cause qu'au nécessaire équilibre qui doit présider au partage du pouvoir dans une démocratie normalement tempérée ».

3. N° 92-316, *Les Petite Affiches*, 2 juin 1993, M. Verpeaux-B. Mathieu.

4. La plus discutée est celle du 18 novembre 1982, n° 82-146, sur l'égalité des sexes en matière électorale.

5. M. Guénaire, *op. cit.*

6. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Précis Domat, 2^e éd., p. 32.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LES DROITS FONDAMENTAUX

L'action principale et même la raison d'être essentielle du Conseil constitutionnel portent, depuis la décision du 16 juillet 1971, sur la protection des libertés et des droits fondamentaux¹. Inattendue, cette décision a été différemment appréciée, beaucoup, dans le prolongement des idées développées en 1968 contre l'Etat gaulliste, y voyant un avertissement, sans précédent, à l'adresse d'un pouvoir omniprésent et supposé autocratique. L'intérêt de la décision, on le sait aujourd'hui, ne résidait pas tant dans une défense ultime de la liberté d'association, si peu menacée par le législateur, mais dans la volonté d'intégrer dans la Constitution le préambule de 1958 et donc son contenu.

Alors que des libertés aussi fondamentales que la liberté de la presse et la liberté de réunion supportent depuis longtemps des régimes d'autorisations administratives préalables, régulièrement légitimées par le juge administratif, il n'est guère intelligible de voir en quoi le régime de contrôle *a priori* assuré par le tribunal de grande instance, tel que prévu par la loi du 30 juin 1971 et accueilli favorablement par le Conseil d'Etat, était contraire à la liberté d'association. Alors que le rapporteur, Fr. Goguel², était partisan de déclarer l'article litigieux conforme, c'est G. Palewski, gaulliste parmi les gaullistes, qui fera pencher la balance en faveur des partisans de l'inconstitutionnalité³.

Préparée déjà par plusieurs décisions, cette jurisprudence était inévitable étant donné les limites et l'inefficacité d'un contrôle de constitutionnalité ne reposant que sur la Constitution. Depuis 1971, l'activisme du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la protection des libertés publiques ne s'est jamais démenti et les avertissements de J. Rivero sont, à tous égards, prémonitoires. Tout en se félicitant du libéralisme militant du juge, il constate, en substance, que lorsque le Conseil constitutionnel, par une interprétation nécessairement subjective, vu l'imprécision du texte constitutionnel, s'écarte de l'interprétation du Parlement « reflet de la volonté nationale, le conflit est inéluctable... et il risque de ne pas tourner à l'avantage du juge »⁴.

Dans une approche plus bérétique, D. Loschak porte le doute sur ce qui semblait définitivement établi, à savoir que le Conseil constitutionnel

1. L. Favoreu, *in* L'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel, *RFDC*, 1990, 4, p. 529, constate que de 1958 à 1987 le cas d'invalidation pour violation des droits fondamentaux représentent 40 % des cas. Entre 1981 et 1986, le pourcentage des décisions d'annulation est passé de 29 % (1974 à 1981) à 51 %.

2. On remarquera que le Conseil constitutionnel réservera dans sa décision du 16 juillet 1971 le cas des associations étrangères, sans en préciser les raisons !

3. *Le Monde*, 6 septembre 1986.

4. J. Rivero, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, *op. cit.*, p. 23 et 163.

est bien le protecteur le plus vigilant des libertés¹. L'auteur confirme que les principes utilisés par le juge sont insaisissables et derrière ces principes régulièrement « retrouvés » se manifeste la même technique d'interprétation « constructive » utilisée par le juge administratif dans sa découverte des principes généraux du droit, « technique qui dissimule juridiquement l'arbitraire du juge derrière la volonté présumée du constituant ou du législateur ». Ainsi, dans la décision du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel rejette le droit à l'avortement en limitant les interruptions volontaires de grossesse aux seuls cas de nécessité, lorsque la mère voit sa santé menacée. L'évocation d'un droit à la santé n'étant pas suffisante, il justifie sa réserve par rapport au « principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie », énoncé dans l'article 1 de la loi déferée. La référence n'est pas fortuite et paraît très largement inspirée par l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme aux termes desquels « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »². Si la liberté de participer à une interruption de grossesse est confirmée, la liberté pour la femme d'avorter est loin d'être assurée. Dans cette perspective, il sera permis de douter de la constitutionnalité de la loi du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse, non thérapeutique, qui insère l'avortement légal dans la nomenclature des actes remboursables. Autres temps, autres réactions, dans une décision du 21 janvier 1993³, le Conseil, sans justification particulière, soutient que la suppression du délit d'auto-avortement ne prive pas de garanties légales un principe constitutionnel !

Ceux qui s'inquiètent de l'accroissement des pouvoirs du Conseil constitutionnel et de ce risque prévisible « de fausser le fonctionnement de notre système en mettant en cause le pouvoir d'appréciation des autres pouvoirs publics »⁴ prennent régulièrement l'exemple des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. On sait que, pour quelques auteurs, ces principes ont été inscrits dans le préambule de 1946 à l'initiative du MRP qui craignait de voir méconnaître la liberté de l'enseignement en raison de l'établissement du principe de laïcité. Ce qui paraît difficile à imaginer dans le contexte de l'époque et par le fait qu'il n'y a dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 aucun renvoi à la liberté de l'enseignement, bien au contraire !

Si l'on s'en tient pour l'essentiel aux lois de la III^e République, puisque le constituant de 1946 ne pouvait faire référence qu'aux principes déjà consacrés, encore ne faut-il retenir que celles qui développent un

1. D. Loschak, Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés, revue *Pouvoirs*, n° 13, éd. 1986, p. 41 et s.

2. L'intention du Conseil constitutionnel est-elle d'intégrer la Convention de sauvegarde dans le bloc de constitutionnalité ?

3. N° 92-317.

4. L. Philip, Le développement du contrôle de constitutionnalité, *RDP*, 1983. 1, p. 410.

principe fondamental libéral et républicain. Ensuite, il convient de savoir si ce principe, tel celui de la liberté d'association fixé par la loi du 1^{er} juillet 1901, peut ou non souffrir d'aménagements et d'adaptations.

La référence aux PFRLR ne devait être que supplétive, mais depuis la décision du 16 juillet 1971 d'autres principes s'y sont ajoutés : celui des droits de la défense¹, de la liberté individuelle², de la liberté de l'enseignement et la liberté de conscience³, de l'indépendance de la juridiction administrative⁴, de l'indépendance des enseignants de l'enseignement supérieur⁵, de la compétence de la juridiction administrative pour connaître des actes de la puissance publique⁶ et enfin du principe qui établit que seul le juge judiciaire est compétent pour fixer les indemnités dues en raison d'expropriations⁷. Par rapport à ce dernier PFRLR on remarquera que le Conseil constitutionnel ne prendra même pas le soin de le rattacher à un texte particulier.

Ainsi pour établir le principe de la liberté de l'enseignement, entendu comme un enseignement « libre » ou « privé », le Conseil constitutionnel n'hésitera pas à exhumier de la loi de finances du 31 mai 1931 l'article 91 qui fait état d'un PFRLR, ce qui tient véritablement du miracle !

La décision du 20 janvier 1984 qui établit le principe d'indépendance des professeurs et des autres enseignants-chercheurs de l'enseignement supérieur mérite, à notre sens, quelques détours. On remarquera déjà, comme de nombreux observateurs⁸ que cette décision a été très largement inspirée des réflexions déjà anciennes, puis à l'évidence des analyses du rapporteur de la loi devant le Conseil, G. Vedel⁹.

Pour cet auteur et contrairement à cette jurisprudence¹⁰ du Conseil qui répugne à admettre une tradition républicaine comme source de droit constitutionnel, « la liberté universitaire est consacrée par une tradition constitutionnelle... l'indépendance du corps universitaire, l'autogestion de l'enseignement supérieur reposent bien autant sur une tradition et sur des mœurs que sur des textes »¹¹. Ceci paraît se vérifier dans la décision,

1. N° 76-70, 2 décembre 1976, *Rec.*, p. 39.

2. N° 76-75, 12 janvier 1977, *Rec.*, p. 33, *GD*, 26.

3. N° 77-87, 23 novembre 1977, *Rec.*, p. 42, *GD*, 27.

4. N° 80-119, 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 42.

5. N° 83-165, 20 janvier 1984, *Rec.*, p. 30, *GD*, 37.

6. N° 86-224, 23 janvier 1987, *Rec.*, p. 8, *GD*, 43.

7. N° 89-256, 25 juillet 1989, *Rec.*, p. 53, voir note P. Bon, *RFDA*, 1989, p. 1009.

8. L. Favoreu-L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, p. 581 et s. ; L. Favoreu, *Les libertés universitaires*, *RDP*, 1984, p. 702 ; Y. Gaudement, *D.*, 1984, chr. p. 125 ; J. Boulouis, *AJDA*, 20 mars 1984, p. 163.

9. Michel Kajman, La longue vue du doyen G. Vedel, *Le Monde*, 21 février 1989, note que « Georges Vedel succombe sans doute au moins une fois à ce péché mignon, de jouer une partition pour sa propre satisfaction ».

10. Décision du 20 juillet 1988, *Rec.*, p. 119.

11. G. Vedel, note dans la *Revue de l'enseignement supérieur*, 1960, n° 3, p. 134 et s.

puisque les textes visés pour établir ce nouveau PRFLR ne concernent pas directement la garantie de l'indépendance des professeurs, mais des exceptions à la réglementation des incompatibilités entre le mandat parlementaire et les fonctions publiques. Si cette compatibilité conduit logiquement à estimer que les professeurs d'université sont indépendants de l'autorité administrative, cela n'amène pas nécessairement à tenir ce principe d'indépendance, pour un PRFLR. Il est enfin curieux de constater, que pour rassurer la communauté universitaire, parfois choquée¹, le conseil confère également cette indépendance aux autres catégories d'enseignants-chercheurs, sans prendre, cette fois, le soin d'en trouver le fondement dans une disposition de valeur constitutionnelle !

Si l'établissement d'un collège électoral unique, bien maladroitement prévu dans la loi contestée, était inacceptable parce qu'il n'assurait plus aux professeurs une représentation authentique, il peut paraître excessif de ranger dans les libertés publiques, particulièrement fondamentales, le principe de l'indépendance des professeurs d'université. Interprétée et appliquée strictement, la décision du 20 janvier 1984 risque de figer pour longtemps l'institution universitaire en renvoyant, en particulier, aux calendes grecques la création d'un corps unique d'enseignants-chercheurs. Enfin, pour le Conseil constitutionnel ce qui serait accepté pour les magistrats ne le serait pas pour les enseignants-chercheurs ! Le statut de la magistrature, pourtant approuvé par le Conseil constitutionnel dans une décision du 21 février 1992 confirme bien l'unité du corps judiciaire. Ce qui a pour concrète conséquence d'associer au sein d'une même carrière et dans un collège unique, pour l'élection des membres d'une commission d'avancement commune, les magistrats du parquet et les magistrats du siège.

Est-il acceptable qu'un corps, aussi prestigieux soit-il, soit à ce point irresponsable et à l'abri de toute procédure de contrôle, notamment vis-à-vis de son activité pédagogique ? Le principe d'indépendance ne paraît guère s'accorder avec ces propositions répétées et pressantes, relatives à une évaluation, même générale, notamment par les étudiants, des enseignements dispensés ; pas davantage, semble-t-il, vis-à-vis de ces propositions, liées à une autonomie développée des universités. Enfin, appliqué strictement, ce principe devrait interdire toute action du pouvoir réglementaire dans l'édiction des statuts des enseignants-chercheurs. Position qui n'est pas acceptable pour le Conseil d'Etat, comme en atteste un arrêt du 2 mars 1988².

D'autres décisions témoignent de la liberté que s'accorde le juge constitutionnel pour découvrir des PRFLR... Ainsi, dans une décision du 28 juillet 1989, le juge constitutionnel qui jusque-là prenait l'habitude

1. J. Boulouis note sous Déc. 20 janvier 1984, *AJDA*, mars 1984, p. 161, relève « que la décision ne pouvait guère n'être pas accueillie par des réactions mélangées où le dépit de quelques-uns l'a disputé à la satisfaction des autres ».

2. CE, 2 mars 1988, *RFDA*, p. 629, conclusions Laroque.

de découvrir des principes fondamentaux consacrés à plusieurs reprises par la loi, n'hésite pas à s'appuyer sur le principe de la séparation des pouvoirs, que l'on peut qualifier de principe républicain, pour considérer, comme PFRLR, le principe selon lequel à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif. Ainsi le Conseil constitutionnel ne craint pas, à propos des décisions de reconduite aux frontières touchant incontestablement les libertés individuelles, d'écarter l'application de l'article 66 de la Constitution au profit d'une théorie purement jurisprudentielle. Pour X. Pretot, très critique, « le recours sans frein à des principes fondamentaux n'a d'autre objet que de subordonner le législateur à des règles dont la suprématie naît de la volonté non du pouvoir constituant mais d'un juge ayant cédé depuis longtemps aux démons de ce qu'il faut bien appeler, en termes juridiques, une usurpation du pouvoir constituant »¹. Il n'est pas inutile de remarquer pour compléter cette observation que le législateur corrigeant les dispositions de la loi incriminée a prévu par la loi du 10 janvier 1990, non censurée par le Conseil constitutionnel², une procédure de jugement d'urgence, par un juge unique, le président du tribunal administratif, sans commissaire du Gouvernement. L'appel est possible devant le président de la section du contentieux et ce dernier ou un conseiller d'État statuent également comme juge unique. Le principe de collégialité n'est pas vraiment d'actualité, même s'agissant d'une liberté fondamentale ! On ajoutera enfin, ce qui peut paraître inconséquent, qu'à propos des zones de transit³ et alors que le législateur avait envisagé une compétence du juge administratif, le Conseil constitutionnel tranchera en faveur de la compétence judiciaire. En matière d'organisation juridictionnelle, c'est bien le Conseil constitutionnel qui est le souverain !

Ainsi, le Conseil constitutionnel est le seul à pouvoir conférer à une règle issue de la législation républicaine le caractère d'un PFRLR. Cette compétence normative est d'autant plus forte qu'il n'est pas indispensable que la « loi support » soit en vigueur pour que l'on puisse observer l'existence d'un PFRLR. Certains peuvent considérer que les PFRLR ne sont que « des éléments marginaux du bloc de constitutionnalité »⁴ et si sur les 9 cas répertoriés, 6 concernent précisément la protection des libertés et droits fondamentaux, ces principes, plutôt à géométrie variable, ne sont pas sans conséquences et rien n'établit, bien au contraire, que la liste dres-

1. X. Pretot note sous décision cc, 28 juillet 1989, *R. Dalloz*, 1990, p. 161.

2. Déc., 9 janvier 1990, *JO*, 11 janvier, p. 464.

3. N° 92-307, dc, 25 février 1992, Zones de transit, *RFDC*, 10, 1992, p. 31, note Gaïa.

4. L. favoreu, colloque *La République en droit français*, Dijon, 10-11 décembre 1992.

sée par le Conseil soit exhaustive ! Enfin, si le recours à un PFRLR n'est pas praticable, la voie « des principes particulièrement nécessaires à notre temps » paraît plus accessible et surtout prometteuse.

UNE CONSTITUTION EN MOUVEMENT PERMANENT

Alors que l'on sait les juridictions judiciaires et administratives très réservées pour admettre, en dehors des prescriptions explicites, les dispositions très égalitaristes voire utopistes¹, contenues dans le préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel ne paraît pas marquer d'hésitation à annexer dans le bloc de constitutionnalité, tous les principes particulièrement nécessaires à notre temps qui lui sont présentés.

Reconnaissant, pour la première fois dans la décision du 15 janvier 1975, une valeur constitutionnelle aux principes très nombreux énumérés dans le préambule de 1946, le Conseil constitutionnel s'octroie un pouvoir d'interprétation considérable des droits économiques et sociaux qui doivent nécessairement s'accorder avec les droits fondamentaux. Dans une période où les pouvoirs publics sont confrontés à une crise sans précédent qui affecte le droit au travail, le droit au logement, le droit de la famille, le droit à la santé, le droit d'asile, le droit de grève, le droit à la formation... l'exercice est bien périlleux !

La décision du 20 juillet 1988 atteste des pouvoirs impressionnants du juge constitutionnel. Alors que la Haute Juridiction n'avait pas cru bon devoir sanctionner les mesures d'amnistie prévues par la loi du 2 mars 1982², portant statut particulier de la Région de Corse et liées aux infractions, même les plus graves en rapport avec la détermination du statut particulier de l'Ile, le Conseil constitutionnel a rejeté la réintégration des représentants du personnel, licenciés pour faute lourde, prévue par la loi portant amnistie. Cette décision³ est étonnante à plus d'un titre. Alors que l'amnistie, mesure de sauvegarde de l'ordre public, a pour objet justement de favoriser l'unité sociale et d'assurer l'intégration dans la communauté nationale, constituant ainsi un objectif de valeur constitutionnelle⁴, il est malaisément concevable d'écarter du bénéfice de la loi ces salariés, aussi lourdes soient leurs fautes. Le renvoi par le Conseil constitutionnel à une erreur manifeste d'appréciation cache en réalité une incertitude quant

1. L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit. relèvent, p. 307, que le « président de la Commission de la Constitution de la deuxième Constituante affirmait en 1946 son espoir d'une révolution à la fois socialiste et personnaliste faisant la synthèse entre les réalisations sociales de l'URSS et le respect des libertés qui caractérisent si profondément les pays anglo-saxons » !

2. Art. 50, loi 2 mars 1982, *JO*, p. 748.

3. Déc. n° 88-244 du 20 juillet 1988, *AJDA*, décembre 1988, note Patrick Waschmann.

4. Déc. cc, 27 juillet 1982, Déc. cc, 25 janvier 1985.

aux règles constitutionnelles qui n'ont pas été observées dans la loi. Le fait que le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'irrespect du principe d'égalité devant les charges publiques montre, comme le note B. Jeanneau¹, « à quel point il a fallu étirer le principe de la juste répartition de l'impôt entre les contribuables » issu de l'article 13 de la Déclaration des droits de 1789 ! Enfin, il est loin d'être établi que la réintégration de représentants du personnel licenciés pour faute lourde aurait fait peser « sur l'employeur victime de cet abus une contrainte excédant manifestement les sacrifices d'ordre personnel ou patrimonial qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général ». Il aurait été, nous semble-t-il, plus équitable d'admettre ces éventuelles réintégrations, sous le contrôle du juge judiciaire, compétent pour en apprécier les sujétions.

Contrairement à certaines idées reçues, le contrôle de l'erreur manifeste apparu depuis une décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1981² vise, non pas à réduire le contrôle du juge, mais finalement à justifier son élargissement. Si l'on peut justifier son recours dans le contentieux administratif, est-il raisonnable, comme le note R. Savy³ « d'envisager l'hypothèse d'une aberration collective des élus de la Nation redressée par les neuf juges constitutionnels » ? Enfin, il n'est pas assuré que le recours à l'erreur manifeste, soit mieux apprécié lorsque les sujets sont à forte densité politique comme ce fut le cas à propos de la décision portant sur la loi d'amnistie.

Alors que le moyen de l'erreur manifeste est très discuté, le Conseil ne paraît pas hésiter à lui associer un contrôle encore plus redoutable : celui de la proportionnalité ! Citant une décision du 28 décembre 1990⁴ et du 24 juillet 1991⁵, D. Rousseau constate que le Conseil introduit plus largement dans le contentieux constitutionnel, « le contrôle de la proportionnalité générale d'une loi mesurée par la mise en rapport de son contenu, de ses effets prévisibles ou attendus sur la situation saisie, et des principes constitutionnels en cause ; si le rapport entre ces trois éléments n'est pas déraisonnable, manifestement disproportionné, la loi ne sera pas déclarée contraire à la Constitution ».

La capacité d'interprétation de la Déclaration des droits de 1789 et du préambule de 1946 par le Conseil constitutionnel est à l'évidence trop forte et B. Jeanneau⁶ suggère, comme d'autres auteurs, de compléter ces textes par de nouvelles tables de la loi. Son commentaire de la décision du

1. B. Jeanneau, *Juridicisation et actualisation de la Déclaration des droits de 1789*, *RDP*, 1988, p. 647.

2. Déc. 80-127, 19 et 20 janvier 1981 « Sécurité et libertés ». A propos de l'erreur manifeste, voir B. Kornprobst, *L'erreur manifeste*, *D.*, 1965, chap. 121.

3. R. Savy, *La Constitution des juges*, *D.*, 1983, chr. XLX, p. 109.

4. Déc. 90-285, 28 décembre 1990, *Rec.*, p. 95.

5. Déc. 91-298, 24 juillet 1991, *JO*, 26 juillet 1991, p. 9923 ; D. Rousseau, *Chronique de jurisprudence*, *RDP*, 1, 1992, p. 58.

6. B. Jeanneau, *Juridicisation et actualisation de la Déclaration des droits de 1789*, *RDP*, 1989, p. 661.

20 juillet 1988 confirme nos appréhensions : « L'enchaînement est d'une logique parfaite, mais ne parvient pas à masquer derrière l'habillage juridique un arbitrage proprement politique. Ce qui prouve que lorsque pour tenir compte de l'évolution de la société le Conseil constitutionnel entreprend de rénover des textes anciens en modifiant leur finalité, il pénètre très vite dans la zone des appréciations subjectives. »

Utilisant pour la première fois et délibérément l'expression de « libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle », le Conseil constitutionnel dans une décision capitale du 22 janvier 1990¹ a décidé que les droits sociaux contenus dans le préambule de 1946 ne sont plus réservés aux nationaux et ressortissants de la CEE, mais à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Non seulement le législateur est tenu de respecter les engagements internationaux souscrits par la France, mais il se doit de faire bénéficier les étrangers de l'ensemble des droits, pas seulement sociaux, évoqués dans le préambule de 1946, même si ces personnes ne sont pas couvertes par une convention internationale. Cette décision remet en cause, pour une part importante, la législation française sur les étrangers. Les pouvoirs publics et les organismes de protection sociale risquent de connaître, dans un proche avenir, des difficultés substantielles s'ils se doivent d'étendre aux personnes étrangères le bénéfice de toutes les prestations sociales. Fl. B.-Rohmer donne l'exemple de l'allocation aux adultes handicapés qui n'est pas perçue par les étrangers. On pourrait enfin connaître cette situation paradoxale, où en raison d'une législation sociale particulièrement attractive et d'une jurisprudence nationale et internationale plus libérale, on serait amené à réduire en France le nombre des étrangers, le budget social n'étant évidemment pas extensible ! Cette analyse critique est visiblement partagée par X. Pretot² qui reconnaît que cette décision « témoigne d'une méconnaissance tragique des réalités élémentaires qui s'imposent à ceux qui ont en charge la gestion des systèmes de protection sociale ».

Dans une logique identique, le juge constitutionnel décide dans une décision du 23 juillet 1991³ que le principe de l'égal accès de tous aux fonctions publiques, inscrit dans le dernier alinéa du préambule de 1946, « ne saurait être interprété comme réservant aux seuls citoyens l'application de ce principe », alors que l'on sait qu'au regard de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ce sont les citoyens qui sont admissibles « à toutes dignités, places et emplois publics ». Cette décision laisse une impression de malaise, puisqu'on écarte délibérément un principe qui dérange, et nous semble révélatrice du pouvoir prétorien que s'accorde désormais le Conseil constitutionnel.

La nécessaire conciliation entre des principes constitutionnels, voire

1. Déc. n° 89-269 du 22 janvier 1990, *AJDA*, 20 juin 1990, p. 471, note Florence Benoit-Rohmer.

2. X. Pretot, *Droit social*, avril 1990, p. 352.

3. Déc. n° 91-293, 23 juillet 1991, *JO*, 25 juillet 1991, p. 9854.

des objectifs constitutionnels ou des « exigences d'intérêt national »¹, souvent contradictoires, assure en réalité au Conseil constitutionnel une liberté d'appréciation quasiment sans limites. Ainsi, il justifie les limitations à l'exercice du droit de propriété par les exigences de la protection de la santé publique qui devient un droit fondamental, dans une décision du 8 janvier 1991². Dans une décision du 16 janvier 1991³, il assure cette conciliation entre le droit de propriété et la liberté d'entreprendre avec un objectif d'intérêt général, « la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé ». Dans une autre, du 15 janvier 1992, il admet des restrictions au droit de propriété intellectuelle afin d'assurer une meilleure défense des intérêts des consommateurs.

Enfin, que doit-on penser de cette décision du 9 mai 1991⁴ sur le nouveau statut de la Corse qui rejette « la notion de peuple corse, composante du peuple français », mais qui, contrairement à la jurisprudence antérieure du Conseil constitutionnel, confirme un statut pourtant extrêmement dérogatoire, qui s'apparente plus à l'organisation particulière d'un TOM qu'à celle d'une collectivité départementale ou régionale de droit commun ? N'y a-t-il pas là une infraction aux principes d'unité et d'indivisibilité de la République, proclamés et consacrés !

LE DANGER DE L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ

On admettra que le projet de réforme constitutionnelle, qui autorise toute personne qui s'estimerait atteinte dans ses droits fondamentaux à saisir le Conseil constitutionnel par l'entremise des juridictions judiciaires et administratives suprêmes, pose d'éminentes questions dont les plus importantes ont trait à cet équilibre nécessairement fragile des pouvoirs publics constitutionnels. Dès lors que les pouvoirs du Conseil constitutionnel se développeront, ceux du Parlement se réduiront d'autant.

Il est d'abord significatif de constater qu'à ces parlementaires qui s'interrogent, avec raison, sur la notion pourtant capitale de ces « droits fondamentaux » qui ne seraient pas respectés par la loi. M. Sapin, député, rapporteur de la Commission des lois constitutionnelles se contentera d'indiquer « qu'il appartiendra au Conseil constitutionnel de préciser l'exacte portée de ce concept nouveau »⁵.

1. « La promotion du logement des personnes défavorisées répond à une exigence d'intérêt national », déc. citée du 29 mai 1990, *Rec.*, p. 61.

2. Déc. n° 90-283, 8 janvier 1991, *JO*, 10 janvier 1991, p. 524.

3. Déc. 16 janvier 1991, *Rec.*, p. 924 ; Déc. n° 91-303, 15 janvier 1992, *JO*, 18 janvier 1992, p. 882.

4. Déc. n° 91-290, 9 mai 1991, *JO*, 14 mai 1991, p. 6350. Note R. Debbasch, *D.*, 1991, p. 624.

5. Rapport présenté par M. Sapin, n° 1288, Assemblée nationale, seconde session ordinaire 1988-1990, p. 61.

Comme il ne peut être question de définir avec plus de précision ces droits fondamentaux¹, la Nation et ses représentants étant à ce point impotents, on place la loi dans une situation de profonde précarité, le législateur ne pouvant connaître *a priori* ses limites constitutionnelles. L'abrogation de dispositions législatives inscrites parfois depuis longtemps dans l'ordre normatif crée un risque que ne connaît pas l'acte administratif, qui ne peut être annulé que dans un délai limité. Mesure-t-on, en outre, tous les effets de ces annulations de dispositions, adoptées souvent de manière consensuelle ? L'établissement de l'exception d'inconstitutionnalité « crée un pouvoir sans contre-pouvoir »², ce qui visiblement n'est ni conforme à notre tradition républicaine, ni à notre système de séparation des pouvoirs. Enfin, il ne paraît pas très raisonnable d'invoquer la procédure référendaire comme un éventuel substitut au pouvoir du juge constitutionnel. On ne saisit pas le corps électoral aussi aisément et régulièrement et l'utilisation de l'expression directe n'est jamais innocente.

Les exemples comparatifs ne sont pas nécessairement significatifs. Aux Etats-Unis la Cour suprême assure surtout un contrôle de conformité des lois des Etats à la législation fédérale et le contrôle de constitutionnalité est extrêmement modéré, puisque moins d'une centaine de lois ont été censurées depuis ses premiers arrêts jusqu'en 1985³. Dans d'autres pays, l'Allemagne, l'Autriche, l'Italie, l'Espagne, la Grèce, l'intensité du contrôle de constitutionnalité se justifie soit par une situation fédérale, soit en raison de la jeunesse ou de la fragilité des institutions démocratiques. Certains Etats ne connaissent même pas de contrôle de constitutionnalité, c'est le cas de la Grande-Bretagne, des Pays-Bas et du Luxembourg.

En France, les libertés et les droits fondamentaux sont-ils à ce point en danger, que l'on risque une telle fragilisation de l'édifice juridique et du système politique ? Est-ce que la France ne connaît pas, depuis l'an VIII, un contrôle juridictionnel de plus en plus intense des actes du pouvoir exécutif ? Enfin, depuis la prééminence des engagements internationaux sur la loi, sanctionnée par les juges nationaux et internationaux, notamment vis-à-vis de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, le risque est moindre d'une atteinte confirmée aux droits fondamentaux.

1. B. Genevois suggère d'y inclure (ce qui n'est pas rien !), outre le bloc de constitutionnalité, les traités à caractère humanitaire et précisément la Convention européenne des droits de l'homme et les pactes des Nations Unies concernant les droits civils et politiques ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels ! (B. Genevois, *L'exception d'inconstitutionnalité*, éd. STH, p. 102).

2. J. Larché, *Documents du Sénat*, n° 351, p. 31.

3. Patrick Jullard, *L'exception d'inconstitutionnalité*, *op. cit.*, p. 37, révèle que sur les 1 100 déclarations d'inconstitutionnalité en deux siècles d'existence de la Constitution américaine il y a eu un peu plus de 1 000 qui visent les lois des Etats membres et un peu moins de 100 qui visent des lois fédérales.

Ayant régulièrement relevé que le contrôle *a priori* exercé puissamment et sans frein depuis 1971 par le Conseil constitutionnel risque de conduire, sinon à un « Gouvernement des juges », du moins à une « juridicisation » excessive de la société, il est très périlleux de lui adjoindre un contrôle *a posteriori*, ouvert au surplus aux particuliers. Il n'y aura alors plus aucune limite à son expansion naturelle.

La décision du 2 septembre 1992 confirme, plus tôt que prévu, cette tendance de plus en plus forte à considérer des sources complémentaires de la Constitution voire des normes supraconstitutionnelles. Outre le fait que le Conseil constitutionnel accepte, sans détour, de contrôler la régularité d'une loi constitutionnelle, il contredit partiellement sa jurisprudence de 1975, en soutenant qu'une loi organique devra respecter « les prescriptions à l'échelon de la Communauté européenne »¹. Faut-il, alors, considérer que le traité de l'Union européenne fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité ? Dans cette perspective on peut craindre, légitimement, de voir réduire l'autorité des forces politiques sur la loi.

Le contrôle juridictionnel doit être un contrôle sur les actes et non pas sur les comportements, qui ne peuvent être appréciés que par le suffrage universel et ses représentants. Comme le constate pertinemment Cl. Emeri, « gardien de l'Etat de droit, le Conseil constitutionnel, sans aucune légitimité, en devient le guide. Il y a là une² confusion inadmissible... et l'on peut s'inquiéter que le gain de légitimité creuse le déficit des institutions représentatives ».

Si l'utilité du Conseil constitutionnel n'est plus à démontrer, il nous paraît avec R. Savy que « le rôle du Conseil constitutionnel est de veiller avec rigueur au respect par le législateur des principes sur lesquels un consensus incontestable existe dans la société française d'aujourd'hui. Il a tout à perdre à vouloir trancher les débats politiques qui divisent l'opinion et qui ne sauraient relever de la souveraineté nationale »³. Dans un contexte politique et social heurté, l'heure n'est pas à l'établissement de contre-pouvoirs juridictionnels.

L'arrêt de la montée en puissance du Conseil constitutionnel, soulage, pour un temps, de nombreux responsables politiques, curieusement aphones et visiblement les légistes, eux-mêmes, chargés de défendre devant le Parlement le projet de réforme constitutionnelle. Certains juristes⁴, qui ont parfois joué aux apprentis-sorciers en considérant que l'essentiel était constitué par la règle du jeu constitutionnelle, redécou-

1. Déc. 2 septembre 1992, Maastricht II, *JO*, 3 septembre 1992, p. 12095 ; L. Favoreu, *RFDC*, n° 12, 1992 ; D. Rousseau, *RDP*, 1, 1993, p. 15.

2. Cl. Emeri, *L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens*, *RFDC*, n° 9, p. 37.

3. R. Savy, *La Constitution des juges*, *D.*, 1983, p. 106.

4. Cl. Emeri, citant précisément la *RFDC*, observe « qu'au niveau scientifique comme dans la pratique politique, l'Etat de droit est menacé par les apprentis-sorciers que nous sommes. Il doit faire l'objet de notre attention la plus vive » (*RFDC*, n° 9, 1992, p. 41).

vrent les vertus et les méthodes de la science politique, inséparable de la théorie constitutionnelle. On pourrait enfin s'inspirer de cette réflexion de R. McCloskey à propos de la Cour suprême des Etats-Unis : « La Cour suprême est une institution vénérée, moitié tribunal judiciaire et moitié mentor politique, sensible mais non soumise à l'attente populaire obligée par tradition de partager les charges politiques, mais contrainte également de veiller à ce que sa participation n'excède pas ses capacités. »