

# Droit constitutionnel (niveau L1)

UPPA Campus de Bayonne

Cours de Jean-Pierre Massias

Année universitaire 2019-2020 – Deuxième semestre

**Objectif :** Après avoir étudié les principes fondamentaux du droit constitutionnel (voir premier semestre), au second semestre, ces principes, après une mise en perspective historique, seront appliqués à l'analyse du système constitutionnel français de la Cinquième République. Dans cette perspective, trois aspects seront plus particulièrement analysés : la constitution « politique » (c'est-à-dire l'ensemble des règles constitutionnelles relatives à l'organisation et à l'exercice du pouvoir), la constitution « juridique » (notamment l'organisation et l'action du Conseil constitutionnel depuis 1958 ainsi que les principaux aspects de la hiérarchie des normes juridiques contenue dans la Constitution de 1958) et la constitution « étatique » (les règles relatives à l'exercice de la souveraineté ainsi que les relations entre l'État et les différentes entités locales).

Au-delà de ce contenu (classique), deux apports épistémologiques seront mis en évidence :

- la compréhension de la complexité des systèmes constitutionnels, c'est-à-dire l'interaction des dimensions idéologique des choix constitutionnels (tout texte constitutionnel est d'abord le produit d'un projet idéologique spécifique), normative (le contenu du texte constitutionnel s'imposant par le biais du contrôle de constitutionnalité à l'ensemble du système de droit) et anthropologique (l'application des règles constitutionnelles étant conditionnée aux comportements des acteurs constitutionnels et de leur intégration dans un contexte spécifique). Cet aspect trouvera sa concrétisation par le choix d'une approche synthétique notamment pour le choix des sujets d'examen qui seront proposés aux étudiants ;
- la « relativité » du droit constitutionnel, qui ne peut être envisagée que dans le rapport existant entre la lettre du droit et la réalité de sa pratique. Sur cette base, il sera demandé aux étudiants d'appliquer un certain scepticisme quant au discours juridique positiviste. Afin de montrer comment la pratique peut instruire de la réalité des règles constitutionnelles, il sera procédé à l'étude à la fois des textes, mais aussi à celle du comportement des acteurs (et ce au travers de différents supports).

Ces principes seront abordés progressivement tout au long de l'année universitaire, les étudiants ayant été sensibilisés par le cours d'introduction au droit.

## Sommaire

<b>La hiérarchie des normes dans la Constitution de 1958</b>	<b>3</b>
<b>Le Conseil constitutionnel</b>	<b>15</b>
<b>Bilan de l'activité du Conseil constitutionnel</b>	<b>28</b>



## La hiérarchie des normes dans la Constitution de 1958

Bonjour et très heureux de vous retrouver dans un cadre un peu particulier, avec un mode de fonctionnement un peu particulier. J'aurais évidemment souhaité qu'on puisse se rencontrer de nouveau directement dans l'amphithéâtre, mais ce n'est pas le cas et je crains que ça n'en prenne pas le chemin, que la crise soit durablement installée. Peut-être je me trompe, mais en tout cas, on a mis en place un système de continuité pédagogique pour tenter de tenir face à cette période, d'abord de fermeture des facs, puis de confinement. J'espère que pour vous toutes et tous, tout se passe bien pour vous, pour vos familles et pour vos proches, et je ne saurais trop vous conseiller de prendre soin de vous, de faire attention et de respecter strictement le confinement, car les conséquences peuvent être à mon avis assez graves.

Cette vidéo rentre dans le cadre d'un programme dont on vous a donné communication. Vous avez dû recevoir via votre messagerie UPPA ou via la page Facebook qu'on a mis en place, toute une série de documents, de renseignements sur comment le cours va-t-il se terminer et s'organiser jusqu'à la fin de l'année et jusqu'aux examens. Vous avez reçu un premier cours de trente à quarante pages à peu près. C'est résumé ; j'ai présenté ce cours dans le document que je vous ai envoyé. Vous avez reçu un tableau avec un certain nombre de jours, de données et de documents qui seront mis à votre disposition et vous savez que pour le cadre du droit constitutionnel – pour le cours, car on laisse de côté les td pour l'instant –, on a mis en place un système qui repose sur trois notions : la première notion est le document que vous allez avoir à étudier, à apprécier, à lire et à décortiquer (un document minimal mais qui comporte les bases de ce que vous devez savoir et vous devez comprendre pour cette dernière partie de cours). La deuxième notion est qu'il y a quatre vidéos d'environ une heure (ça va dépendre de la technique) qui seront positionnées soit sur une chaîne YouTube, soit directement sur la page Facebook pour que vous puissiez suivre des explications que je vais vous donner. Ces vidéos ne sont pas nécessairement la reprise du document que je vous ai fait passer ; elles sont des espèces de spots, d'explications et approfondissements sur tel ou tel point qui me paraissent à la fois important, complexe et qui mérite peut-être que l'on prenne un peu de temps pour l'expliquer. Le troisième temps consistera en des séances de questions-réponses. Je serai en direct sur Facebook Live sur la page que l'on a mise en place, et vous pourrez poser vos questions à l'écrit et je répondrai en direct à ces questions. Voilà, on a essayé de mettre en place ce système peut-être pas idéal, mais en tout cas qui tente de faire ce qu'on peut avec les moyens dont on dispose, et un peu plus même puisqu'on dépasse le cadre des moyens de la fac. Les travaux dirigés fonctionnent un peu sur le même principe : vous avez des choses à rendre, des corrigés qui vont vous arriver. Il y a un rythme qui va être respecté, le but étant que vous ayez une note de contrôle continu, que l'on puisse imaginer faire les examens dans les meilleures conditions possibles si les examens ont lieu aux dates et aux conditions prévues – ce que je ne peux évidemment pas vous garantir aujourd'hui ; tout dépendra du développement de la pandémie, de son accélération, de son sa maîtrise et des conditions qui nous seront dictées par le ministère. Si les examens n'avaient pas lieu tel qu'ils auraient dû avoir lieu, évidemment vous en seriez informés et je ferai en sorte que, dans le cadre du cours de droit constitutionnel, vous ne soyez pas pénalisés par cette situation dont vous n'êtes évidemment nullement responsables. Ma volonté est simplement de faire que d'abord vous ne soyez pas pénalisés par un travail plus difficile – ce n'est pas de votre faute – et en même temps que vous ne soyez pas pénalisés par un allègement excessif des connaissances nécessaires, parce qu'il n'y a pas que l'examen de Droit constitutionnel ; il y a aussi la deuxième année. Ce qu'on va faire notamment dans le cadre de la de la Constitution normative, c'est évidemment très important aussi pour la deuxième année et pour le cours de droit administratif.

La seconde partie du second semestre portent sur ce qu'on appelle la « Constitution normative ». La Constitution normative est l'ensemble des dispositions constitutionnelles qui sont dans le texte et qui ont pour objet d'organiser l'ordre juridique, de mettre en place un système qui permette aux droits de fonctionner. *Grosso modo*, c'est ce qui dans la Constitution, permet de dire ou de ne pas dire éventuellement que la Cinquième République est un État de Droit, alors que la première partie du cours (la Constitution politique) nous permet de savoir si la Constitution de 1958 met en place une démocratie parlementaire ou présidentielle. C'est cette idée des dispositions juridiques dans la Constitution qui organisent l'ordre juridique que l'on va étudier autour de ce concept d'ordre juridique. Donnons quelques précisions sur la Constitution de 1958, globalement et sur le concept d'ordre juridique, pour dire qu'il y a dans la Constitution de 1958 un ensemble de dispositions qui vont avoir une incidence sur le système juridique, qui vont directement ou indirectement mettre en place des normes, des principes qui organisent l'État de droit et l'ordre juridique.

Seconde remarque, le texte de 1958 est un texte important fait de ruptures et de continuité. De continuité tout d'abord, parce que globalement le système normatif qui est mis en place en 1958 n'est pas très différent du système qui existait en 1946 ou en 1875. C'est le même type de système : un système pyramidal avec une constitution des normes internationales, des normes législatives et des normes infra-législatives. Il n'y a donc pas une grande modification, sauf qu'il y a des éléments de rupture, et notamment la principale rupture est l'introduction des dispositions relatives au contrôle de constitutionnalité. Pour rappel, le contrôle de constitutionnalité n'avait jamais été mis en place dans les Constitutions précédentes. Il était donc très important pour la Constitution de 1958, de le mettre en place.

Une troisième remarque qu'on peut faire sur cette Constitution et sur le Droit, c'est de remarquer que les dispositions de la Constitution de 1958 mettent en place un système qui permet à la France de rattraper son retard. On avait vu au début du second semestre combien la France pouvait être en pointe notamment dans le domaine de la démocratie, qui intervient très vite avec le suffrage universel masculin puis féminin en France, mais était restée très en retrait du concept d'État de droit. Il y avait eu très peu d'expériences de contrôle de constitutionnalité et une certaine hostilité globale du système juridique français, du système politique au concept de contrôle de constitutionnalité – après tout, c'est en France qu'a été inventé le concept de gouvernement des juges (on pense à l'œuvre d'Édouard Lambert dans ce domaine). La France était en retard en 1958 ; elle était l'un des derniers États à ne pas avoir du contrôle de constitutionnalité. C'est aujourd'hui un retard globalement rattrapé : la France est désormais à peu près au niveau des autres nations européennes dans le cadre du contrôle de constitutionnalité et dans le cadre de l'État de droit. Ce faisant, on peut considérer que, non seulement elle se met au niveau des autres démocraties, des autres gouvernements en Europe ; elle réintègre le modèle kelsenien-européen, mais elle participe d'une européanisation en permettant la pleine application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et des dispositions des normes de l'Union européenne avec les interventions des deux grandes juridictions : la Cour de justice de l'union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme. Il y a cette mise à niveau qui est très importante ; la France va rattraper son retard, et ce malgré un paradoxe.

Ce paradoxe peut constituer la quatrième remarque : au fond, les auteurs de la Constitution de 1958 – et on a vu ensemble combien l'action des auteurs de la Constitution avait été très importante pour la compréhension du texte – ne sont pas d'emblée très favorables à la mise en place d'un État de droit. Ils sont plutôt réticents à ce concept, réticents au concept de contrôle de constitutionnalité qu'ils ne vont intégrer (on y reviendra) que comme instrument de limitation du Parlement. L'évolution va se faire après, c'est-à-dire qu'il y a une vie constitutionnelle après le 4 octobre 1958 qui permet à la Constitution d'accéder au plein statut d'une Constitution d'État de droit. Cette évolution se fait est un peu contre l'avis des fondateurs de la Cinquième République. Ceux qui fondent la Cinquième République, et notamment les gaullistes, ne sont pas extraordinairement favorables au contrôle de constitutionnalité ; ils ne sont pas favorables aux principes de l'État de droit et de la limitation du pouvoir politique

par la loi. Ils sont au contraire emprunts d'une conception beaucoup plus "traditionnelle" davantage marquée par la souveraineté qui consiste à penser que le pouvoir est souverain et qu'il y a des strates de pouvoir souverain, qu'il ne peut pas être remis en cause par des contre-pouvoirs quels qu'ils soient, et par des contre-pouvoirs juridiques en particulier.

Cette évolution de la Cinquième République, y compris contre l'avis de ceux qui l'ont créée, de ceux qui l'ont mise en place, va se marquer tout au long de l'histoire de notre république (l'histoire de l'application de la Constitution) (c'est la cinquième marque). Ce mouvement est intéressant, parce que c'est une espèce d'interaction entre trois éléments :

- une interaction d'abord entre une demande sociale de plus en plus importante pour l'application du droit, pour le respect de la Constitution, pour la mise en place d'un système de droits fondamentaux dans la Constitution (l'influence de la cour européenne des droits de l'homme, l'influence de l'Union européenne, l'influence des voisins occidentaux, l'influence d'un certain nombre de courants de pensée qui font des droits humains des éléments très importants), donc il y a une forme de demande sociale pour déconstruire ce modèle français tel qu'il avait été construit (il y avait bien des droits fondamentaux dans la Constitution, mais rien ne devait garantir leur application particulière). La demande sociale est donc le premier élément qui va modifier ou motiver les changements de conception constitutionnelle.
- Le deuxième élément consiste en des réformes constitutionnelles qui sont mises en place. Il y a ça et là de très grandes réformes constitutionnelles qui vont marquer la transformation de la Cinquième République vers un État de droit. On pense à 1974 (révision du mode de saisine du Conseil constitutionnel) ou à 2008 (création la question prioritaire de constitutionnalité par la grande révision constitutionnelle de l'été 2008). Il y a donc des grandes révisions constitutionnelles qui se mettent en place.
- Enfin, il y a l'action du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire que le juge qui est créé et qui est un petit juge avec peu de pouvoirs et un rôle limité, va progressivement acquérir une certaine forme d'autonomie et va rendre des décisions à ce point audacieuses qu'elles vont générer des révisions constitutionnelles et qu'elles vont positionner le Conseil constitutionnel comme un organe absolument central et absolument incontournable de la vie politique française et de la vie constitutionnelle française.

C'est donc l'histoire, à la fois d'une révolution en 1958, et c'est l'histoire d'une mutation continue du système constitutionnel français qu'on va essayer de voir.

Pour essayer de comprendre comment système constitutionnel français a évolué vers l'État de droit, vous avez votre document qui vous présente un peu les choses et qui va servir d'arme de votre travail. Cependant, ce document s'articule globalement autour de deux idées.

La première idée est que la Constitution de 1958 met en place une hiérarchie des normes, cette fameuse pyramide de Kelsen qu'on a déjà étudié plein de fois en cours ensemble. La Constitution de 1958 met en place cette pyramide et elle précise le contenu de la pyramide des normes tel que le droit français doit désormais la respecter. Il n'y a pas de grandes novations, mais en même temps, il y a un certain nombre de précisions qui sont apportées et qui vont structurer l'ordre juridique français.

Le deuxième point très important est qu'elle met en place un nouvel acteur. La Constitution de 1958 met en place le Conseil constitutionnel, organe chargé de contrôler la conformité des lois à la Constitution, ce qui est une révolution. Pour rappel, la jury constitutionnaire de Sieyès, le Sénat conservateur tel que Napoléon l'avait imaginé, ou le comité constitutionnel de la Quatrième République n'ont jamais fonctionné, d'abord en raison d'une mauvaise organisation intellectuelle du système, mais surtout parce qu'on a tenté de dévoyer immédiatement de contrôle de constitutionnalité pour en faire un système politique. En 1958, on met en place un organe nouveau (le Conseil constitutionnel) qui va avoir des compétences nouvelles et qui va pouvoir développer un véritable contrôle juridictionnel de la constitutionnalité.

C'est sur ces deux éléments très nouveaux que nous allons insister : la mise en place d'une hiérarchie des normes et la mise en place d'un organe de contrôle de constitutionnalité.

Dans le document que je vous ai donné, vous suivrez les différents éléments. Le but de cette intervention orale n'est pas de suivre le texte, il est parfois de mettre des focus sur certaines parties du texte. S'agissant de parler du système de la pyramide des normes en France, du système de l'ordre juridique français tel que la Constitution de 1958 le met en place, on pourrait dire que ce système est à la fois classique mais pas tant que ça. Il est classique parce qu'il repose sur un triptyque : normes constitutionnelles / normes internationales / normes législatives ; on a bien la construction intellectuelle qu'imagine Kelsen au début du XX<sup>e</sup>. Le système constitutionnel français reprend cette organisation (il le reprend d'ailleurs très classiquement par rapport à ce qu'on avait sous la Quatrième république), mais simultanément il va préciser un certain nombre de notions à chaque étage de cette pyramide. À chaque étage, il va y avoir un peu d'innovations, des affirmations, des réaffirmations. On va donc imaginer ce système constitutionnel, cette pyramide des normes, autour de ces trois étages.

Le premier étage est l'étage constitutionnel. Il n'y a pas grand-chose à en dire ; on y reviendra très largement dans la troisième et la quatrième vidéo que je vais enregistrer pour vous. La Constitution de 1958 place et pose le principe de la suprématie général des normes constitutionnelles. On sait que sous la Cinquième République va s'opérer une mutation du concept de Constitution, puisque le concept de Constitution va devenir un concept pleinement juridique qui s'impose au travers des décisions de justice aux autres normes juridiques françaises. C'est là une grande innovation.

Le système constitutionnel français (et la Constitution française) va se complexifier, parce qu'on va reconnaître le statut juridique de la Constitution (un statut juridique constitutionnel), non seulement au texte de la Constitution (c'est-à-dire à la petite centaine d'articles qui sont contenus dans la Constitution), mais on va également reconnaître ce principe de constitutionnalité aux normes du préambule de la Constitution. À ce titre, on a vu ensemble que le préambule de la Constitution est un système complexe avec plusieurs normes : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Préambule de 1946, la Charte de l'environnement, que le Préambule de 1946 lui-même concerne trois séries de texte (la Déclarations de 1789 qui y est reprise, les principes particulièrement nécessaires à notre temps et les fameux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République). Tout ça va devenir des normes constitutionnelles à part entière, et retenez d'ores et déjà qu'on avoue cra à leurs ayants-droits un concept de « bloc de Constitutionnalité » cher au doyen Favoreu d'Aix-en-Provence.

L'autre innovation de la Constitution est que le Conseil constitutionnel, dans son application de la Constitution, va intégrer dans les normes constitutionnelles un certain nombre de principes non écrits qui vont compléter ce système constitutionnel.

La première notion mention qu'il est important de constater est qu'on met en place une Constitution plus juridique, plus constitutionnelle (ce qui est un paradoxe) et plus complexe au sens qu'elle est composée de plusieurs notions.

Le deuxième étage est les normes internationales. Les normes internationales sont reconnues (traités internationaux et autres dispositions internationales), elles sont intégrées dans le bloc de constitutionnalité et elles sont positionnées, en droit constitutionnel<sup>1</sup> et dans la Constitution de 1958, le statut juridique des normes internationales est extrêmement clair : les normes internationales sont un infra-constitutionnelles et supra-législatives. Elles sont inférieures à la Constitution et supérieures à la loi (on y reviendra en deuxième année). Pour bien comprendre ce système, il faut se référer à aux articles 54 et 55 de la Constitution. L'article 54 pose le principe de la suprématie de la Constitution par rapport aux traités internationaux. Il la pose, non pas sans la poser, mais en utilisant un concept ou une technique un peu différente. Cet article 54 prévoit qu'un traité international ne peut être ratifié que s'il est

---

<sup>1</sup> Cette précision du cadre du droit constitutionnel est importante, parce que les internationalistes, des spécialistes droit international, pourraient considérer que ces normes ont un statut supra-constitutionnel, supérieur à la constitution du point de vue du droit international.

considéré comme conforme à la Constitution. Un traité international inconstitutionnel ne peut pas être ratifié et ne peut pas rentrer dans l'ordre juridique français. Les traités internationaux sont négociés par le gouvernement, signés par le Premier ministre (ou un ministre) ; ils doivent être ratifiés par le Président de la République, mais cette ratification est souvent autorisée par une loi. La loi de ratification peut être soumise au contrôle de constitutionnalité, c'est-à-dire que le Conseil constitutionnel peut être saisi pour apprécier si une loi de ratification est conforme à la Constitution, donc si le traité est conforme à la Constitution (ça a déjà été fait). Si d'aventure, le Conseil constitutionnel considérait que le traité n'était pas conforme à la Constitution, alors ce traité ne pourrait pas être intégrée dans l'ordre juridique français (c'est déjà arrivé). Le traité doit être conforme à la Constitution pour pouvoir être appliqué. La seule spécificité, qui peut parfois d'ailleurs entraîner des réflexions et des interrogations, c'est que ce principe du contrôle de constitutionnalité des traités avant l'entrée en vigueur du traité dans le système français (avant la ratification par la loi), est assorti d'un mécanisme de sanction un peu particulier. Il est prévu dans l'article 54 que le traité international non conforme à la Constitution ne peut rentrer en application et en vigueur que si on modifie la Constitution, c'est-à-dire qu'il doit respecter la Constitution (et de ce point de vue, la Constitution est bien la norme supérieure), mais si jamais il y avait une discordance entre la Constitution et le traité, le traité ne sera pas changé parce qu'il est le fruit d'une négociation internationale. C'est à la France, si elle veut l'appliquer, de changer ou non sa Constitution. À ce titre, on a des exemples de révisions constitutionnelles qui ont été faites pour permettre la ratification d'un traité, et on a des exemples de dispositions déclarées non conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel (le traité n'a pas pu être ratifié, car la France n'a pas procédé à la révision de sa Constitution). Donc principe assez simple : suprématie de la Constitution sur le traité, mise en place d'un contrôle de constitutionnalité particulier au moment de la ratification du traité par le parlement, mais principes qui va faire qu'on ne peut pas modifier le traité ; si le traité n'est pas conforme, il faut modifier la Constitution au travers de l'application de l'article 89, ce qui a déjà été le cas.

Le premier principe donc de l'échelle internationale du niveau international dans la hiérarchie des normes, c'est la suprématie de la Constitution sur le traité, sous réserve de ces mécanismes spécifiques de contrôle.

Le deuxième principe est posé à l'article de la Constitution : les traités internationaux ont une valeur supra-législative, c'est-à-dire que, quand ils entrent dans le système français, ils ont une valeur supérieure à la loi. La loi ne peut pas contredire le traité, et si le traité n'était pas en conformité avec la loi, le juge devrait appliquer le traité et non pas la loi. Les dispositions de l'article 55 et sont extrêmement simples : elles posent le principe de la suprématie du traité sur les lois puisqu'il est dit clairement que le traité ou accord international a une autorité supérieure à celle des lois. C'est clairement mentionné à l'article 55 de la Constitution. L'article 55 de la Constitution va simplement poser un certain nombre de conditions d'application de ce principe de la suprématie du traité (par rapport à la loi). Ces conditions sont au nombre de trois : le traité doit être ratifié, il doit être publié et il doit faire l'objet d'une application réciproque par l'État cosignataire. La ratification est le principe de la signature et de la validation de la signature par l'autorité française qui va donner une confirmation d'application du traité international. Ça le rend définitif ; ça le rend obligatoire ; ça le fait entrer dans le système normatif français. En règle générale, c'est le Président de République qui le fait, avec parfois pour les traités les plus importants une autorisation parlementaire. Ce principe est posé, et l'article 55 dit que pour que le traité soit supérieur à la loi, il faut qu'il soit ratifié. Notons simplement que cette condition a toujours été reconnue de manière assez large par le juge français, notamment par le juge administratif, qui a considéré qu'il n'avait pas trop à se mêler du contenu de la ratification et du niveau de la ratification. Il lui importait que le traité soit véritablement ratifié.

Deuxième condition posée par l'article 55 de la Constitution : c'est le principe de la publication. Le traité doit être publié. Il n'y a rien d'étonnant à cela ; toutes les normes juridiques françaises doit être publiées pour pouvoir être appliquées. Le traité ne fait pas excep-

tion à la règle ; il doit donc être mis à la disposition du public, afin de savoir et de consulter ce traité. Ici, le juge va vérifier les conditions d'application de l'article 55, et il va être un peu plus exigeant sur la validité de la publication. *Grosso modo*, il vérifie évidemment que le traité est publié, mais le juge, et notamment le juge administratif, va vérifier une certaine validité du traité : il faut qu'il soit bien publié dans un organe lui donnant la publicité nécessaire et l'autorité nécessaire. Il y a donc un contrôle accru du juge, mais là-encore, on ne fait qu'appliquer l'article 55 de la Constitution qui dit que le traité doit être ratifié et publié.

Troisième condition de l'application de ce traité, c'est la réciprocité. C'est un principe de droit international qui dit que globalement pour qu'un traité soit appliqué avec une autorité supérieure à la loi, il faut que non seulement la France l'applique, mais que l'État cosignataire l'applique également. C'est le principe de l'application réciproque ; un traité n'est valable que s'il est respecté par les deux parties. Cette disposition est un peu plus compliquée, parce qu'il faut savoir quand un traité est appliqué ou quand un traité n'est pas appliqué, et très souvent cela soulève une question un peu politique. Est-ce que le traité est bien appliqué par rapport à la partie adverse ou par la partie cosignataire ? Pendant très longtemps, le juge administratif notamment a considéré qu'il ne lui appartenait pas de déterminer ou de savoir si le traité était bien appliqué de manière réciproque. Quand il était saisi d'une affaire dans lequel se posait le problème de la réciprocité, il disait qu'on ne pouvait pas appliquer ce traité parce que ce traité n'est pas appliqué de manière réciproque. Le juge administratif demandait alors au ministère des affaires étrangères, ou au gouvernement, de lui rendre un avis sur cette application. Est-ce qu'on considérait ou pas que le traité était correctement appliqué ? Puis progressivement, le juge administratif s'est affranchi de cette disposition en venant dire qu'il lui appartenait de pouvoir lui-même, dans certains cas, interpréter le traité et interpréter si le traité est appliqué ou pas. On a donc mis en place un système qui fait que le juge contrôle toujours l'application réciproque. C'est une disposition importante, qui ne s'applique pas nécessairement à toutes les dispositions internationales. Certaines ne sont pas assujetties à la question de la réciprocité, mais le juge la contrôle toujours quand il doit le faire ; et parfois il la contrôle tout seul en essayant de savoir si, sans passer par le gouvernement, cette disposition est bien respectée ou pas.

Ça ne devrait pas poser de problème ; les dispositions de l'article 55 sont assez simples. De plus, elles ne sont pas très novatrices. Il est bien clair que ce sont à peu près les mêmes dispositions qui ont été reprises par la Constitution de 1958 que celles qui étaient en vigueur en 1946. Simplement, l'application de ces dispositions, notamment l'application de l'article 55, a créé une petite polémique pour savoir si le principe de la suprématie du traité sur la loi était un principe général ou s'il fallait distinguer entre les lois postérieures et les lois antérieures au traité. Globalement, le principe était de dire que si la loi est adoptée et que quelques années après le traité vient contredire la loi ; c'est le traité qui s'applique. C'était une position générale de la jurisprudence française, mais la question se posait à l'inverse, à savoir si la loi était adoptée postérieurement au traité, c'est-à-dire si les parlementaires avaient adopté une loi en conscience du fait qu'elle n'était pas conforme à un traité. Il y a eu un très grand débat juridique entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation qui se sont un peu, pour parler vulgairement, « renvoyé la patate chaude ». Personne ne voulait vraiment statuer ; on a eu des dispositions un peu compliquées, et pendant très longtemps, le Conseil d'État et la Cour de Cassation n'ont pas eu la même position. Le Conseil constitutionnel disait que la conformité d'un traité par rapport à la loi n'était pas un contrôle de constitutionnalité direct, donc elle ne le faisait pas. En revanche, la Cour de Cassation disait qu'elle allait le faire ; et si le traité violait la loi même postérieure, elle allait appliquer le traité. Le Conseil d'État était très réticent et préférait appliquer la loi postérieure au traité. Ce n'est qu'en 1989, dans un arrêt extrêmement important : l'arrêt Nicolo (dont vous entendrez énormément parler surtout en deuxième année) que le Conseil d'État a estimé que désormais un traité primait la loi, y compris quand la loi était postérieure. On a donc aujourd'hui une application à peu près correcte de l'article 55 de la Constitution, mais il a fallu attendre longtemps pour qu'on applique pleinement cet article 55.



Premier étage : la Constitution ; deuxième étage : les normes internationales.  
On va maintenant réfléchir sur le troisième étage de cette pyramide des normes, c'est-à-dire l'étage législatif.

## *Partie 2/2*

L'étage législatif est le troisième temps de la pyramide des normes telle qu'elle est mise en place dans la Constitution de 1958. C'est la loi qui est donc positionné en troisième temps, au troisième niveau par rapport à la pyramide des normes et donc par rapport à la constitution et par rapport aux traités internationaux.

Cet étage législatif est extrêmement intéressant, parce que la loi en tant que norme juridique est-elle même extrêmement intéressante en 1958 (on l'a vu et vous aller le voir par rapport au parlement). Au fond, la loi produite par le parlement, symbole du parlement et symbole de la démocratie parlementaire était également sous la Quatrième République, le symbole de la toute-puissance parlementaire. Tout naturellement, la Constitution de 1958 ayant été adoptée dans une optique de réduction des pouvoirs du parlement et de faire en sorte que le parlement ne soit pas très puissant, cette volonté de réduire la place du parlement dans le système va aboutir à une volonté de réduire et d'encadrer la place de la loi dans le système juridique. C'est aussi au nom de ça que va être créé le Conseil constitutionnel, pour faire en sorte que la loi ne soit plus toute puissante. La loi est le symbole à la fois de la réorganisation de l'ordre juridique français à partir de 1958, mais elle est aussi le symbole du fait que l'ordre juridique est le produit d'une volonté politique de départementalisation du système tel qu'il existait en 1946. À l'échelle de cette pyramide des normes, la loi va être confrontée à un certain nombre d'éléments.

D'abord (premier élément), l'adoption de la loi fait l'objet de conditions nouvelles et particulières qui font que le gouvernement dispose de moyens très importants pour imposer sa vision du travail parlementaire (idée du parlementarisme rationalisé). C'est le cas pour l'ordre du jour, c'est le cas pour les conditions d'examen, c'est le cas pour le vote de la loi, c'est le fameux article 49-3, c'est le système du vote bloqué, du vote sans débat, de l'urgence, etc. Le système français, la loi parlementaire telle qu'elle existe, repose donc sur un principe qui est le principe de sa « soumission » (entre guillemets) à la volonté de l'exécutif, en tout cas à l'encadrement de l'exécutif. Cette loi en tant que norme juridique est donc positionnée par le système français, et ce qui caractérise peut-être la loi dans l'ordre juridique français à partir de 1958, c'est qu'au fond cette loi est encadrée : la loi est soumise au contrôle de constitutionnalité, ce qui est fait pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle française. Ceci peut nous apparaître aujourd'hui comme une évidence de faire que la loi soit soumise à la Constitution et aux juges constitutionnels, mais ce n'est pas du tout le cas en 1958. La loi est donc contrôlée, mais surtout, la loi est limitée et normée – et elle n'est pas uniquement normée par le fait qu'il existe des normes juridiques supérieures et un gardien de cet ordre juridique supérieur – ; elle est normée par le fait que la loi parlementaire est en quelque sorte encadrée de manière horizontale par d'autres types de lois ou d'autres types de normes. Le pouvoir législatif du parlement est non seulement encadré, mais il est aussi concurrencé par l'existence de mécanismes juridiques extraparlimentaires (plus ou moins) qui permettent d'adopter des lois ou de limiter le pouvoir des lois. Dans ce domaine-là, trois articles sont absolument fondamentaux à comprendre d'emblée pour positionner le système de la loi. Le premier article (on l'a déjà vu au premier semestre) est l'article 11 de la Constitution. Cet article 11 de la Constitution prévoit la mise en place d'un référendum législatif dans quelques domaines. Par conséquent, dans ces domaines-là, il existe deux pouvoirs législatifs : le parlement et le peuple ; et le peuple peut très bien être saisi dans des conditions d'application de l'article 11 pour adopter une loi "à la place du parlement". Il faut se souvenir que lors de l'adoption de la Constitution de 1958, dans l'esprit des auteurs de la Constitution (dont celui du Général de Gaulle), même si ça ne s'est pas exactement retrouvé comme ça dans le texte

constitutionnel terminal, le référendum a pour objet de résister ou de dépasser un blocage parlementaire. L'idée première de la rédaction de l'article 11 était de dire au fond, *grosso modo* : "nous mettrons en place un référendum si le parlement refuse d'adopter la loi". Il y a donc des lois référendaires qui sont placées *juridiquement* à côté des lois parlementaires, c'est-à-dire qu'elles ont le même niveau, qu'il n'y a rien dans la Constitution qui pose le principe de la suprématie d'une loi adoptée par référendum à côté d'une loi adoptée par le parlement, au point d'ailleurs que le parlement peut très bien modifier une loi qui avait été adoptée préalablement par le référendum. Il y a donc égalité et concurrence d'un pouvoir législatif, égalité juridique, mais pas réellement égalité dans la pratique puisqu'on a vu que, d'une part l'article 11 avait été utilisé pour adopter les lois constitutionnelles de manière un peu dérogatoire est évidemment inconstitutionnelle (mais ça a été utilisé plusieurs fois et parfois à succès), et d'autre part (deuxième limitation) les lois adoptées par référendum dans le cadre de la procédure classique de l'article 11 – on verra un peu plus loin dans le cours que c'est plus tout à fait le cas dans le cadre d'une procédure hypothétique d'application de référendum d'initiative minoritaire – ont quand même une supériorité *de facto* par rapport aux lois parlementaires venant du fait que le Conseil constitutionnel refuse de les examiner. Le Conseil constitutionnel – qui aurait très bien pu le faire – refuse d'examiner la loi référendaire ; ça date de 1962 et pour l'instant ça a toujours été confirmé. Même conformes à la Constitution, en tout cas même n'étant pas officiellement des révisions constitutionnelles, ces lois ne sont pas soumises au contrôle de constitutionnalité. On a donc déjà une première limitation du rôle du parlement comme auteur de la loi : c'est la notion de référendum législatif telle qu'elle existe à l'article 11 de la Constitution.

La deuxième grande innovation de la Constitution et la deuxième grande mutation du système constitutionnel français au regard de la loi, c'est évidemment la mise en place de deux articles de la Constitution, l'article 34 et l'article 37. L'article 34 détermine le domaine de la loi ; il détermine quelles sont les matières qui seront, par application de la Constitution, de la compétence du parlement. Quant à l'article 37, il énonce qu'il y a, à côté de la loi, un pouvoir réglementaire autonome. Cela signifie que l'exécutif, en l'occurrence ici le Premier ministre, va disposer du droit d'adopter des actes juridiques qui viennent non pas appliquer la loi – on n'a pas besoin d'une loi et d'un décret pour appliquer la loi –, ici on a un décret qui n'a pas besoin de loi pour exister, d'où le concept de pouvoir réglementaire autonome. Ce pouvoir réglementaire autonome n'est pas complètement une mutation du droit de la Cinquième République. Il existait sous la Troisième et sous la Quatrième république, mais il était beaucoup moins important et surtout, ce qui est très important sous la Cinquième république, c'est que si on regarde bien la rédaction et l'application de l'article 34 et de l'article 37, on a la sensation que le principe réside en la compétence du Premier ministre par le biais du pouvoir réglementaire autonome et que l'exception est de la compétence du Parlement, puisque les matières législatives sont listées et que l'article 37 précise que le reste relève de la compétence du gouvernement. Il y a cette dualité, et si on devait représenter l'étage législatif, on pourrait le représenter en deux parties égales : un pouvoir législatif et un pouvoir réglementaire autonome de même niveau juridique *a priori* sachant qu'il existe dans la Constitution (c'est un peu compliqué, mais il faut essayer de le comprendre) une autre forme de pouvoir réglementaire qui est le pouvoir réglementaire d'application. C'est-à-dire que dans les domaines où le parlement est compétent pour adopter une loi, l'exécutif peut prendre ensuite des actes administratifs dont l'objet est d'appliquer la loi, de mettre en œuvre la loi. Il y a donc deux séries de pouvoirs réglementaires : un pouvoir réglementaire d'application – évidemment les dispositions d'application doivent être conformes à la loi – et un pouvoir réglementaire autonome qui n'a pas besoin d'être conforme à la loi pour exister. C'est une mutation très importante et qui a été considérée en 1958 comme une véritable révolution, d'autant que la Constitution ne se bornait pas à affirmer le principe de l'existence d'un article 34 et d'un article 37 dans le domaine de la loi et dans le domaine du règlement. La Constitution mettait également en place des mécanismes juridiques spécifiques de nature à vérifier que l'un n'empiète pas sur l'autre et que notamment le parlement ne dispose pas et ne prenne pas des compé-

tences qui relèveraient du gouvernement et du Premier ministre. On a donc la mise en place de deux systèmes : un système de surveillance des décrets – le Conseil d'État peut parfaitement contrôler un décret et considérer que ce décret empiète sur le domaine de la loi –, mais il existe également un mécanisme qui oblige la loi à respecter son domaine de compétence – il existe notamment toute une série de dispositions – notamment le fameux article 41 de la Constitution : il y a impossibilité d'un examen de recevabilité, mais il existe surtout un article 37 alinéa 2 de la Constitution qui permet un contrôle de constitutionnalité. Si le gouvernement estime que le texte de loi est pris dans le domaine du règlement, il peut saisir le Conseil constitutionnel, et si le Conseil constitutionnel lui donne raison c'est qu'il considère que le texte est bien dans le domaine législatif réglementaire. L'exécutif peut alors procéder à la délégalisation de la loi et la transformation de la loi en décret, généralement par l'adoption d'un décret qui va modifier la loi. On met donc en place un système qui a pour objet de faire en sorte que le règlement et la loi ne s'empîent pas. Évidemment *a priori*, cette constitution a été considérée comme très attentatoire à la loi. Pour la première fois véritablement, on remettait en cause le principe de la supériorité de la loi, de la toute-puissance de la loi, et on essayait au contraire de faire en sorte que l'exécutif dispose de compétences normatives importantes qui permettent un contrôle de l'action du parlement. C'est d'ailleurs en partie pour ça que l'on a créé le Conseil constitutionnel. En réalité, les choses sont plus compliquées que ça, parce que la Constitution n'a pas été véritablement appliquée ou totalement appliquée dans le sens d'une suprématie ou d'une trop grande réduction du domaine de la loi. Tout d'abord, parce que si on lit l'article 34, pratiquement toutes les questions importantes y sont ; on ne voit pas bien quelles sont les dispositions que la loi ne pourrait pas véritablement utiliser ou quels sont les grands domaines que la loi ne pourrait pas utiliser. D'autre part, le Conseil constitutionnel (fait important) n'a pas joué le rôle de gardien de la loi, de réducteur de la loi, mais au contraire a protégé la loi, d'abord en considérant que d'autres dispositions constitutionnelles pourraient donner compétence au parlement, qu'il existait des articles de la Constitution (c'est une décision de juillet 1965) qui permettaient de conférer à une matière la dimension législative en dehors même de l'application de l'article 34 ; ensuite parce que le Conseil constitutionnel a été assez libéral sur l'interprétation de l'article 34, car on a la sensation en le lisant qu'il y a deux situations : des situations (/domaines) dans lesquelles la loi fixe des règles, et des situations (/domaines) dans lesquelles la loi détermine des principes fondamentaux. On s'est alors demandé si cette différence de vocabulaire n'entraînait pas une différence de régime juridique, avec l'idée peut-être que dans certains cas le parlement était moins compétent, parce que fixer les principes fondamentaux ce n'est pas poser les règles. Le Conseil constitutionnel a estimé qu'il n'y avait pas ici de différences juridiques à faire et que le Parlement était compétent de manière équivalente dans les deux situations. Il l'a fait d'ailleurs à par respect ou en respect de la volonté des auteurs de la Constitution. En effet, si on interroge les auteurs de la Constitution, ils disent clairement que lors de la rédaction, on a surtout voulu éviter une répétition et qu'il n'y avait pas nécessairement de la volonté des rédacteurs de l'article 34 de distinguer les deux systèmes. Mais le Conseil constitutionnel a considéré qu'il n'y avait de différence. Par la suite, le Conseil constitutionnel a pris une autre série de dispositions plus audacieuses qui consistent à dire que si le parlement adopte une loi et que dans cette loi il y a des notions qui sont de la compétence du règlement, et si le gouvernement n'a pas fait usage des moyens que met à sa disposition la Constitution pour s'opposer à ce vote, il ne peut pas saisir ensuite le Conseil constitutionnel en demandant l'application de l'article 61 de la Constitution (l'article 61 est le contrôle de constitutionnalité générale). Pour le Conseil constitutionnel, ce n'est pas un motif d'inconstitutionnalité que de venir dire que la loi a été adoptée en utilisant des éléments qui sont du domaine réglementaire. Il y a des procédures pour ça ; si elles ne sont pas utilisées, ce n'est pas l'article 61 qui va s'appliquer. On voit que le Conseil constitutionnel est assez protecteur du rôle de la loi, et d'ailleurs il a développé une jurisprudence extrêmement importante en matière législative, en essayant de protéger la loi, en essayant de faire en sorte que la loi ait un véritable rôle et une

véritable position dans le système juridique français. C'est quelque chose d'extrêmement important.

Cette grande révolution de l'article 34 et de l'article 37 n'est pas très importante ; elle n'est pas si fondamentale que ça. D'ailleurs, il n'y a pas que le Conseil constitutionnel qui ait véritablement protégé la loi ; le Conseil d'État l'a fait aussi dans un arrêt très important du 26 juin 1959, l'arrêt Syndicat général des ingénieurs conseils. Globalement et pour faire simple, le Conseil d'État accepte de contrôler les règlements autonomes, c'est-à-dire qu'il accepte de leur appliquer une forme de contrôle de légalité, au travers de la notion de principe général du droit, mais c'est quelque chose d'extrêmement important de considérer que la distinction entre article 34 et article 37 n'est pas aussi fondamentale qu'on aurait pu l'imaginer.

Dernier point dans cette notion de pouvoir législatif. On a vu l'article 11, on a vu l'article 34, l'article 37. Il y a un dernier article qu'on doit évoquer, c'est l'article 38. On doit l'évoquer pour des raisons juridiques fondamentales, mais on doit l'évoquer également parce qu'il est d'actualité. Il est d'actualité aujourd'hui puisque vous savez qu'on va parler d'une urgence particulière compte tenu de l'épidémie du coronavirus, et que le gouvernement va essayer de proposer un état d'urgence sanitaire, ce qu'il va faire vraisemblablement par l'application de l'article 38 de la Constitution. Cet article 38 est globalement un article qu'il faut comprendre, car techniquement compliqué mais intellectuellement assez simple. Sa mécanique est de dire que, dans certaines circonstances, *avec l'accord du Parlement*, le gouvernement va devenir compétent pour statuer dans les domaines de compétence du Parlement, c'est-à-dire qu'il y a une délégation de compétences du Parlement vers le gouvernement. Le gouvernement va pouvoir utiliser le pouvoir législatif à la place du parlement, puisque le parlement a accepté de lui conférer ce pouvoir législatif. Comprendre l'article 38 nécessite de remonter un peu en arrière à la Troisième république. Sous la Troisième république, on a un parlement tout puissant, mais un parlement qui n'est pas très efficace. La Troisième république est un peu une république charnière ; la France devient un état moderne, et donc un état moderne a besoin d'avoir un pouvoir décisionnel important. Le parlement n'est peut-être pas l'organe le plus performant en matière de décision rapide (décision économique notamment), et donc le parlement de la Troisième république va beaucoup déléguer ses pouvoirs et va beaucoup voter des habilitations réglementaires qui vont donner au gouvernement le droit de statuer à sa place. Ça a été assez critiqué, et on a considéré que c'était sûrement une des causes du dysfonctionnement de la Troisième république. C'est pourquoi en 1946, quand on a adopté la Constitution de 1946 de la Quatrième république, on a tenté de réduire ce principe de, cette pratique, et la réduction de cette pratique a abouti en 1946 à l'adoption et à l'inscription dans la Constitution d'un article 13. L'article 13 était *a priori* très clair : l'Assemblée nationale vote seule la loi, elle ne peut en déléguer le droit (elle ne peut pas déléguer ses pouvoirs législatifs). L'article 13 de la Constitution pose le principe de l'impossibilité pour le parlement de déléguer sa compétence législative. Sauf que la Quatrième république va très vite se trouver confrontée à des difficultés notamment économiques ou politiques (de majorité). En conséquence, le 17 août 1948 va être votée une loi qui réintroduit la notion de délégation parlementaire, c'est-à-dire que la loi va venir quelque chose que la Constitution ne veut pas. La loi de 1948 vient dire qu'il est possible que le parlement délègue sa compétence, et notamment il y a un article 6 de la loi qui est extrêmement intéressant dans la loi du 17 août 1948, qui dit qu'il existe des matières et des domaines par nature réglementaire. Dans ces matières par nature réglementaires – c'est-à-dire en fonction de leur propre logique –, le parlement peut être compétent, mais l'exécutif peut lui-aussi prendre des dispositions et abroger des dispositions législatives. L'idée est de dire que le parlement est compétent pour tout, mais dans certains domaines, la compétence peut être aussi partagée avec l'exécutif. Cet article 6 n'est *a priori* pas très conforme à la Constitution 1946 ; ce n'est pas très grave dans le sens où il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité. On voit bien qu'il soulève une idée intéressante qui est de dire qu'on ne peut pas tout donner au parlement et qu'il y a notamment des domaines (ou

des matières) qui relèvent par nature du gouvernement. Dans ces matières-là, peut-être que le gouvernement peut agir, y compris en modifiant une loi.

La Quatrième république dysfonctionne globalement ; on a un système qui ne marche pas très bien, et donc on hésite, on réfléchit. Le Conseil d'État va être saisi pour rendre son avis sur la question, et va rendre un avis le 6 février 1953 dans lequel il dit qu'il y a des matières qui sont par nature législative et qui ne peuvent faire l'objet d'aucune délégation (c'est-à-dire qu'il y a des matières qui par leur contenu relèvent *a priori* de la compétence du parlement). Le Conseil d'État parle de matières par nature législatives, soit parce que la Constitution le dit, soit parce que la tradition républicaine le dit. Dans ces matières-là, le parlement ne peut pas déléguer sa compétence (on revient à l'application de l'article 13 de la Constitution de 1946). Mais dans les autres matières qui ne sont donc pas par nature parlementaires, le Conseil d'État admet que le pouvoir législatif peut déléguer une partie de sa compétence au pouvoir réglementaire. Cet avis de 1953 est extrêmement intéressant, parce que le parlement peut être compétent mais il peut déléguer, en tout cas dans certains domaines il peut déléguer. On ne peut pas l'empêcher, et ça revient à dire que l'article 13 de la Constitution est bien beau, n'est pas pratique et pas applicable. Un État moderne ne peut pas empêcher tout le principe de la délégation parlementaire. On a besoin parfois, dans certaines circonstances, de mettre en place un système de délégation parlementaire, parce que le parlement n'est pas lui-même capable de pouvoir automatiquement traiter la question. Cet avis de 1953 va être évidemment très important pour les constituants de 1958, puisqu'en 1958, il va y avoir dans la Constitution un article 38 (dont on recommande évidemment la lecture attentive pour cette année et pour les années à venir). L'article 38 pose le principe de la délégation parlementaire ; il pose le principe que le parlement peut se dessaisir de ses compétences ou permettre au gouvernement d'agir.

Cet article 38 est extrêmement intéressant pour deux raisons. La première raison, c'est la reconnaissance de la réalité par le droit constitutionnel. Le droit constitutionnel républicain s'est toujours opposé au principe de la délégation au nom d'une conception un peu idéologique de la république du parlement (une sorte de détournement de la pensée de Rousseau). Cette conception se révélant peut-être intéressante politiquement, mais inapplicable pratiquement ; l'article 38 tire les conclusions de cette inapplicabilité effective et donc met en place un système beaucoup plus pragmatique ("puisque'on en a besoin, on peut le faire"). Le deuxième avantage de l'article 38 est de dire que "puisque'on ne peut pas l'empêcher, autorisons-le, mais si on l'autorise, organisons-le". Il s'agit pas uniquement de l'autoriser, il s'agit aussi de l'organiser, c'est-à-dire de mettre en place un système cohérent de délégations, pas un système un peu souterrain mais un système cohérent et organisé qui permet plusieurs phases et qui permet un véritable au contrôle de la délégation. De ce point de vue, l'article 38 est extrêmement précis : il permet au parlement de déléguer sa compétence, mais il ne lui permet pas de déléguer sa compétence n'importe quand, n'importe comment et pour n'importe quelle raison. Il y a un encadrement juridique que le Conseil constitutionnel pourrait être amené à faire respecter.

Le principe de l'article 38 pourrait être très compliqué et donne parfois lieu à des débats très compliqués. On va ici le présenter autour de trois points relativement simples :

- Selon le premier point, le principe de la délégation parlementaire est possible, mais la première étape est que le parlement doit voter une loi d'habilitation, c'est-à-dire que le parlement doit voter une loi qui permette au gouvernement d'agir. Cette loi est consécutive au dépôt par le gouvernement d'un projet de loi. Le gouvernement doit donc demander au parlement de déléguer sa compétence. Ce projet de loi est relativement encadré, parce que d'abord il doit comporter la liste assez précise des domaines dans lesquels le parlement va déléguer sa compétence. Ce n'est pas une délégation générale et absolue ; il y a des principes, il y a des règles, il y a : « on veut la compétence pour faire telle chose, telle chose, telle chose ». On n'a peut-être pas la nécessité d'écrire exactement la mesure qu'on veut adopter, mais en tout cas le principe, le domaine et le but de la mesure doivent être clairement mentionnés.

- Le deuxième point imposé par l'article 38 est que ça ne peut être fait que pour des motifs d'urgence, c'est-à-dire qu'il appartient au gouvernement de montrer que c'est urgent. Aujourd'hui, on a tout loisir de dire qu'il y a une urgence sanitaire, mais ça ne tombe pas nécessairement toujours sous le sens, en tous cas sous ce sens d'évidence-là.
- Le troisième principe est que le projet de loi d'habilitation doit nécessairement, outre la liste des compétences demandées, indiquer deux délais. Le premier délai, c'est de dire : « Je demande la compétence parlementaire pour telle période », et donc le gouvernement doit indiquer dans la loi à quelle date s'arrêtera la délégation (« Je veux la délégation du 25 mars au 25 avril » par exemple). Il doit indiquer et c'est obligatoirement la première date mentionnée, le délai d'habilitation. Le projet doit également faire mention d'une deuxième date butoir : la date limite à laquelle le gouvernement va déposer un projet de loi de ratification. Cette histoire de projet de loi de ratification est intéressante, car c'est l'équilibre du système : le parlement autorise le gouvernement à agir à sa place, et après un certain délai, le parlement ratifie les ordonnances tel qu'adoptées pour les confirmer et éventuellement les transformer en lois. Le texte doit donc demander à la fois le délai et doit indiquer la date jusqu'à laquelle le parlement va déléguer sa compétence, et le texte doit également indiquer la date limite de dépôt d'un projet de loi de ratification.

Si le texte est voté, le gouvernement devient compétent pour agir dans les domaines parlementaires. Le parlement ne peut plus agir c'est le gouvernement qui prend cette compétence. Les décisions qu'il va prendre ne sont pas des lois au sens formel du terme ; ce sont des ordonnances au terme de l'article 38 de la Constitution. Ces ordonnances interviennent dans le domaine de la loi, mais ce sont des actes administratifs, et donc elles relèvent du contrôle du Conseil d'État. C'est le Conseil d'État qui peut éventuellement contrôler un acte pris dans le cadre d'une ordonnance.

Troisième temps : À la fin du premier délai, le gouvernement perd sa compétence et le parlement récupère sa compétence. À la fin de ce délai de compétence du gouvernement, les ordonnances continueront à s'appliquer après ce délai, mais le gouvernement ne pourra plus les modifier. Ce sont des actes administratifs, mais que le gouvernement ne peut plus modifier (il perd sa compétence). Ici, la clé est le délai de dépôt de projet de loi de ratification. La loi doit mentionner un délai, une date avant laquelle le gouvernement dépose un projet de loi de ratification. Par exemple : Le gouvernement est compétent pour prendre des ordonnances jusqu'au 25 avril et il a jusqu'au 25 mai pour déposer un projet de loi de ratification ; entre le 25 avril et le 25 mai, le gouvernement ne peut plus modifier les ordonnances ; arrive la date de dépôt de projet de loi de ratification du 25 mai :

- si le gouvernement n'a pas déposé de projet de loi de ratification, l'ordonnance devient caduque, elle disparaît, elle cesse d'être un acte juridique ;
- si le gouvernement a déposé un projet de loi de ratification, mais que ce projet de loi n'a pas encore été voté, l'ordonnance continue à s'appliquer.

Si le projet de loi a été déposé dans les temps, tant que le parlement n'aura pas statué, l'ordonnance va pouvoir continuer à s'appliquer. En revanche, quand le parlement va prendre sa compétence, il va statuer sur le projet de loi de ratification d'une ordonnance, deux possibilités apparaissent :

- première possibilité : le parlement a ratifié les ordonnances, elles continuent à s'appliquer, mais elles sont désormais de la compétence du parlement ;
- deuxième possibilité : le parlement ne ratifie pas l'ordonnance, et dans ce cas l'ordonnance devient caduque, elle cesse d'exister.

Voilà le système qui a été mis en place. C'est un système mis en place de manière extrêmement claire et extrêmement précise, en sachant que la précision du système a encore été augmentée en 2008, puisqu'avec la grande révision constitutionnelle du mois de juillet 2008, il a été posé un principe que les lois de ratification sont des lois explicites. Auparavant, on admettait que la ratification puisse être faite par l'intermédiaire d'une loi implicite, c'est-à-dire

une loi qui reprenait le texte de l'ordonnance sans préciser véritablement qu'elle la ratifiait. Désormais, c'est impossible.

L'article 38 est assez symptomatique de cette nouvelle conception de la loi. Désormais le parlement peut déléguer sa compétence et donc le gouvernement peut donc devenir « législateur », mais il ne peut le faire qu'avec l'accord du parlement, pour une durée déterminée et de manière assez claire et assez précise, c'est-à-dire qu'il n'y a pas nécessairement une possibilité absolue de pouvoir déléguer cette compétence de manière totale.

Voilà globalement ce que je voulais vous dire dans cette première section sur l'organisation de la pyramide des normes : Constitution, traités internationaux, étage législatif, novation, continuité ; et vous avez ici globalement le système tel qu'il existe, et il vous appartient évidemment d'aller plus loin et de creuser dans cette disposition-là.

## Le Conseil constitutionnel

Bonjour et donc bienvenue pour cette deuxième vidéo, cette deuxième séance de vidéo sur le cours de droit constitutionnel.

On a vu hier, dans le cas de la Constitution normative, qu'un des grands apports de la Constitution de 1958 avait été de mettre en place un système pyramidal de normes juridiques. On va maintenant voir le deuxième grand apport, c'est-à-dire la création d'une institution nouvelle : le Conseil constitutionnel, qui va jouer un rôle considérable fondamental, puisque c'est en fait l'introduction véritable du contrôle de constitutionnalité dans le droit constitutionnel de la république française. Ce conseil constitutionnel est certainement une des innovations les plus importantes de la Constitution de 1958. On va le voir tout au long du document que je vous ai envoyé.

Sur ces vidéos, je vais essayer de faire une sorte de présentation globale et synthétique du Conseil dans la Cinquième république, et surtout de l'évolution du Conseil dans la Cinquième république. En effet, la grande caractéristique du Conseil constitutionnel, si on le reporte à toute la Cinquième république, c'est que c'est un organe qui a changé considérablement de rôle, d'importance et de signification tout au long des années d'application de la Constitution de la Cinquième république.

On peut dire qu'il y a trois époques du Conseil constitutionnel : l'époque de sa création, puis l'époque de sa montée en puissance, et enfin l'époque de sa pleine puissance – en tout cas de sa puissance actuelle avec la révision de 2008 et la création de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité. Il y a donc trois périodes, trois rôles, trois positions dans le système institutionnel, et une évolution continue qui est très intéressante, parce qu'elle est à la fois le fruit d'une pression sociale internationale – notamment européenne –, d'une évolution juridique très importante – venue des normes juridiques qui vont encadrer le Conseil constitutionnel –, d'une évolution jurisprudentielle – ce sont les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes qui, dans leurs décisions, vont fabriquer cette évolution –, et elle est aussi le fruit un peu de la rencontre avec un contexte politique, avec une nécessité en France d'avoir un Conseil constitutionnel. On a vraiment ici l'illustration d'un droit vivant, d'un droit en évolution, d'un droit en construction. Cependant, il ne faut quand même pas exagérer, et noter tout de suite que même si le Conseil constitutionnel a changé, même si aujourd'hui il est indéniable de dire qu'aujourd'hui c'est une véritable cour constitutionnelle, cela reste quand même une cour constitutionnelle spécifique à bien des égards. Vraisemblablement, cette spécificité tient son origine justement des conditions de la création du Conseil constitutionnel.

La première période de la création du conseil Constitutionnel – pour faire simple et chronologique, on va dire de 1958 à 1971 – est la première période de fonctionnement du Conseil. Pour comprendre cette première période, il faut se reporter aux conditions de sa

création et surtout au pourquoi de sa création. Pourquoi les constituants en 1958 ont-ils introduit le Conseil constitutionnel ? Pourquoi ont-ils créé ce modèle alors même que la création du Conseil constitutionnel est marquée par une certaine forme d'ambiguïté ? Elle crée une ambiguïté autour de deux idées, de deux remarques :

- La première remarque d'évidence, de lecture, est que le Conseil constitutionnel tel qu'il est organisé en 1958 n'est pas nécessairement une révolution en soi. Il emprunte beaucoup, même s'il ne reproduit pas automatiquement, des dispositions qu'on avait pu trouver dans la Jurie constitutionnaire, dans le comité de Constitution de la Quatrième république, c'est-à-dire une espèce d'institution à cheval entre le droit et la politique qui met en place un processus de contrôle.
- La deuxième source d'ambiguïté ou d'interrogation sur sa création est que le Conseil constitutionnel est porté par des acteurs qui ne sont pas *a priori* nécessairement très favorables à la justice constitutionnelle et encore moins à l'idée qu'un juge suprême puisse s'opposer à une décision politique. Le général de Gaulle le dit très clairement : « La seule cour suprême qui est acceptable en démocratie, c'est le peuple ». Michel Debré, quant à lui, évoque un contrôle de constitutionnalité, mais spécialisé notamment dans un domaine qui est de limiter le parlement et de limiter les dérives du régime parlementaire. C'est d'emblée ce qui va s'imposer : un Conseil constitutionnel constitué comme une espèce de structure dont l'objet premier est de contrôler que le parlement reste bien à la place que lui assigne la Constitution. C'est un instrument, en tout cas au moins pour Michel Debré, qui participe de la rationalisation du système la cinquième République. Ce n'est pas un véritable contrôle de constitutionnalité, ce n'est pas une cour suprême (encore moins, car le général de Gaulle n'y est pas favorable).

Ceci explique que d'emblée le Conseil constitutionnel va s'organiser autour de deux éléments, de deux bases. Il rentre dans le cadre plutôt du modèle européen, c'est-à-dire d'un modèle où une structure unique et spécialisée exerce le monopole du contrôle de constitutionnalité. On rejette le modèle américain d'une cour suprême ; mais ce modèle européen n'est pas à la transposition du modèle de la cour constitutionnelle. Il est un système un peu à part, un peu hybride entre le droit et la politique. C'est une « presque-cour » constitutionnelle ; c'est plutôt un organe politique qui emprunte aux cours constitutionnelles un certain nombre de ses caractéristiques. C'est particulièrement visible si on s'intéresse à l'organisation du Conseil constitutionnel.

D'abord dans sa composition, le Conseil constitutionnel n'est pas composé de magistrats, il n'est pas composé *a priori* de juristes en tant que tels ; il est composé de neuf personnes nommées : trois par le Président de la République, trois par le président du Sénat, trois par le président de l'Assemblée nationale. Ce sont des nominations d'abord politiques. Le président du Conseil constitutionnel est lui-même est désigné par le Président de la République. Ce Conseil constitutionnel a des compétences, mais ces compétences sont extrêmement significatives. Sa principale compétence est de surveiller le parlement ; il est d'ailleurs chargé explicitement de vérifier que le parlement reste dans le domaine de la loi que l'article 34 lui a assigné, et si on lit les articles 37 et 41 de la Constitution, on voit que le Conseil constitutionnel a des compétences particulières pour notamment vérifier que les lois ne sortent pas de leur domaine et que le règlement n'empiète pas sur la loi. On a donc vraiment cette idée d'un Conseil constitutionnel qui va contrôler le parlement dans sa nouvelle fonction limitée.

L'autre élément qui très intéressant est que le Conseil constitutionnel est chargé d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* (on y reviendra tout à l'heure), mais il y a un contrôle qui est obligatoire : c'est le contrôle des règlements parlementaires et le contrôle des lois organiques. Les règlements parlementaires sont les actes par lesquels les assemblées parlementaires s'organisent, et on sait que sous la Quatrième république, le vote du règlement parlementaire avait souvent permis à l'Assemblée ou au Conseil de la république de s'attribuer des compétences que la Constitution ne leur conférait pas nécessairement. C'est



donc un moyen de dépasser ses compétences constitutionnelles sans aucun risque, puisqu'il n'y avait pas de véritable contrôle de constitutionnalité. La loi organique est une loi qui vise à imposer des règles en matière d'organisation des pouvoirs publics. C'est une « presque-loi » constitutionnelle, même si le terme est un peu hasardeux. Le Conseil constitutionnel se voit donc comme principale fonction de contrôler que le parlement reste dans ses compétences et ne cherche pas en sortir par des moyens détournés. C'est pour reprendre l'expression de François Mitterrand, « un canon pointé contre le parlement ». Il n'y a pas que ça, mais c'est le centre principal de sa fonction.

Si on regarde les compétences du Conseil constitutionnel telles qu'elles existaient en 1958 (car ça va évoluer), on s'aperçoit que le Conseil constitutionnel va se voir confier trois grandes séries de compétences :

- d'abord une compétence de contrôle de constitutionnalité des lois organiques, des règlements parlementaires, mais également des textes adoptés par le parlement. C'est un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Il s'opère avant la promulgation de la loi par le Président de la République, et il ne peut se faire, en 1958, qu'à l'initiative de quatre autorités : le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat. Il y a bien deux autorités parlementaires, mais on voit clairement que l'idée est que c'est la majorité politique, le soutien de l'exécutif qui décide de l'intervention du Conseil constitutionnel. Il y a donc cette première compétence de contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* sur saisine limitée et dans un délai assez limité (les délais d'intervention du Conseil constitutionnel sont plutôt brefs au regard de la fonction qui est la sienne). Ses décisions sont importantes ; elles sont obligatoires pour l'ensemble des organes juridictionnels et administratifs français – c'est l'article 62 de la Constitution qui le pose. On voit bien qu'il y a des éléments pris dans la théorie juridictionnelle du contrôle de constitutionnalité, mais que cette théorie est considérablement ramassée, organisée, limitée et destinée à faire en sorte que la nouvelle Constitution qui pose la limitation du rôle du parlement soit bien clairement respectée par le parlement sous l'autorité du Conseil constitutionnel.
- ensuite, une deuxième fonction consultative. Le Conseil constitutionnel va rendre des avis dans certains domaines, en matière d'application notamment de l'article 11, dans le domaine référendaire. Ce ne sont que des avis ; ils ne sont *a priori* pas publiés et ils n'ont pas vocation à s'imposer contre l'autorité de celui qui les sollicite.
- enfin, le Conseil constitutionnel va se voir aussi conférer un rôle très important en matière de contentieux électoral, puisqu'il est le juge d'un certain nombre d'élections, notamment l'élection présidentielle, les élections parlementaires et les référendums nationaux.

À ces pouvoirs du Conseil constitutionnel, il faut rajouter simplement (article 54) qu'il est chargé de vérifier que les traités internationaux soient conformes à la Constitution.

Ce conseil constitutionnel se met en place à partir de 1959 et va fonctionner progressivement. Cependant, même s'il a une fonction assez correcte, assez régulière, le nombre de ses décisions est assez limité. On va parler à son endroit d'un Conseil constitutionnel « aiguilleur » par référence aux chemins de fer, c'est-à-dire que c'est lui qui va surtout contrôler que les textes sont bien aiguillés par la bonne procédure, c'est-à-dire le règlement ou la procédure législative. C'est la première version, la première forme de fonctionnement du Conseil constitutionnel.

Ce conseil constitutionnel va fonctionner de cette manière jusqu'en 1970, c'est-à-dire jusqu'après le départ du général de Gaulle et son décès. Puis va s'opérer un changement, et les années 1970-1980 vont être les années de la montée en puissance du Conseil constitutionnel, qui va acquérir un rôle quantitativement et qualitativement beaucoup plus important. C'est ici que se fait la véritable mutation, puisqu'au fond cette mutation va entraîner indirectement mais certainement la grande réforme de 2008 de l'ouverture de la saisine des citoyens au Conseil constitutionnel. Cette période de mutation, qu'on pourrait situer entre 1971 et les

années 1990, est une période dans laquelle le Conseil va progresser, mais autour de trois éléments très différents. C'est un bel exemple de droit constitutionnel vivant, ou une sorte de conjonction de trois phénomènes vont donner au Conseil constitutionnel une puissance considérable.

Pour rester chronologique, le premier de ces phénomènes intervient le 16 juillet 1971. C'est une décision qui sera rendue par le Conseil constitutionnel, et on peut considérer que c'est une véritable révolution juridique et certainement même la véritable création du contrôle de constitutionnalité au sens qu'on doit donner à ce thème. Cette décision du 16 juillet 1971, qui est connue sous le terme de « Liberté d'association », est une décision juridique, mais qui répond à un problème politique.

Le problème politique est le suivant : à la fin des années 1960 et au début des années 1970, dans la suite de mai 1968, un certain nombre de mouvements d'extrême-gauche sont mis en place. On met notamment en place l'association des « Amis de *La Cause du Peuple* » (*La Cause du Peuple* était un journal maoïste) pour soutenir ce journal. C'est une association prestigieuse intellectuellement, puisqu'il y a au sein de cette association Simone de Beauvoir. Cette association ne va pas pouvoir se créer. Le récépissé de la déclaration a été rejeté par la préfecture, et donc tout naturellement les personnes qui veulent fonder cette association vont poursuivre, vont contester cette décision administrative devant le tribunal administratif, qui va leur donner raison. Le tribunal administratif de Paris va donner raison en disant que le préfet n'a pas le droit d'interdire la création de cette association. C'est une atteinte aux libertés et à la liberté d'association. Le ministre de l'Intérieur de l'époque (M. Raymond Marcellin), très mécontent de cette décision, ne va pas saisir le Conseil d'État, parce qu'il a très bien compris que c'était sans espoir et que le préfet avait clairement violé la loi. En revanche, il va tenter de faire changer la loi sur les associations pour autoriser ce que le préfet avait fait et que le juge avait considéré qu'il n'était pas encore possible de faire. Il tente de faire changer la loi. Le 11 juillet 1971, le gouvernement adopte un projet de loi qui tend à réformer les dispositions de la très ancienne et très prestigieuse loi sur les associations de 1901. Ce projet de loi est voté à l'Assemblée nationale, mais il arrive au Sénat où il y a une certaine forme de réticence à ce processus, réticence qui tient à la fois à la nature de la loi, mais qui tient également au fait que le président du Sénat, Alain Poher, est plutôt en conflit politiquement avec la nouvelle majorité et avec le président Pompidou, puisqu'il a été lui-même son adversaire au second tour des élections présidentielles de 1969. Le président du Sénat décide de saisir le Conseil constitutionnel, puisqu'il en a le droit. C'est un peu un hasard politique qui fait qu'il y a une dissension entre le Sénat et la majorité ; on est à une époque où la gauche est en opposition, mais le président Alain Poher décide de saisir le Conseil constitutionnel. Il le dit lui-même dans ses mémoires : il saisit le Conseil constitutionnel en téléphonant, dit-il, au président du Conseil constitutionnel de l'époque, Gaston Palewski, qui est un gaulliste historique, et sans trahir de secret (puisque c'est fois publié directement par l'intéressé dans le texte de ses mémoires), la nature de leur dialogue est de dire que le Président de la République Georges Pompidou va trop loin. Il n'est pas tout à fait un gaulliste historique, il est plutôt un gaulliste de la nouvelle génération. Il a été en conflit en partie avec le général de Gaulle ; les gaullistes historiques qui sont au Conseil constitutionnel ne l'apprécient pas véritablement. En tout cas, il est dit qu'il y a un échange entre Palewski et Poher, et il est rapporté ces propos selon lesquels Gaston Walewski aurait dit « Si le général (de Gaulle), père de la Constitution, était encore au pouvoir, jamais il n'aurait accepté un tel texte. Il faut faire comprendre à Pompidou qu'il n'est pas de Gaulle, lui donner une leçon, le rappeler à l'ordre... » Même si c'est en termes très politiques, le Conseil constitutionnel a été saisi effectivement le 1<sup>er</sup> juillet 1971 ; et le 16 juillet, il a rendu une décision globalement et intégralement historique. Pourquoi ? Parce qu'il considère que la loi telle qu'elle avait été adoptée viole la Constitution, notamment son préambule et la liberté d'association reconnue au sens d'un principe fondamental par les lois de la République. C'est une décision capitale, parce que le Conseil constitutionnel va opérer une triple révolution :

- La première révolution est politique. C'est la première fois que le Conseil constitutionnel va s'opposer à un texte gouvernemental et dans une affaire extraordinairement politique, une affaire dans laquelle le ministre de l'Intérieur et le gouvernement s'étaient impliqués. On imagine bien que la personnalité des soutiens de l'association (Simone de Beauvoir, Jean-Paul Sartre, etc.) a donné une dimension médiatique considérable et. Ainsi, dans une affaire politique hautement conflictuelle, hautement symbolique, le Conseil constitutionnel – et c'est la première fois en France – a donné tort au pouvoir politique en disant qu'il n'a pas le droit d'aller au-delà d'un certain nombre de limites. Politiquement, c'est l'instauration d'un Conseil constitutionnel comme un contre-pouvoir potentiel, ce qui est absolument capital.
- La deuxième révolution est juridique, parce c'est la première fois que le Conseil constitutionnel va faire un contrôle de constitutionnalité au fond, un contrôle matériel. Il ne se pose pas la question de savoir si la loi a été adoptée ou n'a pas été adoptée par une autorité compétente (il ne se pose pas la question simplement de l'article 34 ou l'article 37). Il intervient en disant que la loi, bien qu'adoptée par une autorité compétente (le parlement) viole des dispositions constitutionnelles dans leur matière, dans leur fondement, et donc de ce point de vue-là, elle est inconstitutionnelle. C'est la création d'un contrôle de constitutionnalité matériel, substantiel, contrairement au contrôle de constitutionnalité procédural, cette fameuse fonction d'aiguilleur qu'avait retenu à l'époque le doyen Favoreu.
- La troisième révolution est normative, parce que le Conseil constitutionnel va non seulement déclarer la loi non-conforme à la Constitution, mais particulièrement au préambule de la Constitution. Cela signifie qu'il reconnaît au préambule de la Constitution une pleine valeur juridique et constitutionnelle, ce qui n'était pas *a priori* automatiquement la dimension dominante de la culture juridique française, qui considérait que les préambules étaient plutôt des textes philosophiques. À ce titre, le Conseil d'État a considéré pendant longtemps que certaines dispositions du préambule relèvent plus de la philosophie du droit. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel va affirmer que les dispositions du préambule font partie de la Constitution, s'appliquent au même titre que la Constitution, permettent au même titre que la Constitution la censure d'un texte voté par le parlement, et indirectement le Conseil constitutionnel crée le « bloc de constitutionnalité » (même si l'expression n'est pas de lui), c'est-à-dire l'idée que les textes en matière de droits fondamentaux, périphériques à la forme constitutionnelle (puisqu'ils sont dans le préambule), sont applicables. Le dernier stade de cette révolution juridique normative est de considérer que, dans le préambule, la notion retenue est une notion tirée du préambule de 1946 et de ses fameux « Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » dont on pensait qu'ils n'existaient pas (car la Constitution n'en fait pas la liste). Certes, le Conseil d'État, dans l'arrêt « amis de Paris », avait lui-même quelques années auparavant évoqué la liberté d'association à ce titre-là. Néanmoins, le Conseil constitutionnel considère désormais – et ça rendra obligatoire une réflexion plus avant sur le contenu même de cette notion de principe fondamental reconnu par les lois de la République – que le préambule, et notamment les principes fondamentaux reconnus par la République, font partie intégrante du bloc de constitutionnalité, lui-même élément normatif permettant la sanction d'une loi adoptée par le parlement.

C'est une révolution dont on pourrait s'interroger sur la signification, parce qu'elle est tout autant juridique que politique, et même par certains côtés, elle est une espèce de hasard historique qui pourrait nous amener à réfléchir sur la relativité du droit constitutionnel et sur le caractère parfois, sinon accidentel, mais en tout cas très contextuel de ce type de révolution. En effet, il a fallu une opposition politique au sein du mouvement gaulliste et la circonstance statistiquement assez inimaginable qu'un président du Sénat appartenant à la majorité puisse saisir le Conseil constitutionnel contre le gouvernement de cette même majorité (cette tension interpersonnelle entre Poher et Pompidou qu'il va y avoir), et la réception au Conseil

constitutionnel, dont le président Palewski, gaulliste historique, va également jouer un rôle très important. Il y a également une sorte de hasard fonctionnel dans la mesure où il y a au Conseil constitutionnel à cette époque des conseillers constitutionnels qui sont des vrais juristes et qui vont avoir un rôle considérable dans la traduction juridique de cette opposition politique.

On va donc avoir une véritable révolution en droit constitutionnel français. Cette révolution intervient après le départ et le décès du général de Gaulle, de manière extrêmement symbolique. Elle montre bien qu'on passe à une nouvelle forme de contrôle de constitutionnalité, une nouvelle conception du contrôle de constitutionnalité. Cependant, cette nouvelle forme reste encore extrêmement fragile en 1971, d'abord parce que le Conseil constitutionnel n'est saisi que par ces quatre autorités (Président de la République, Président du Sénat, Président de l'Assemblée nationale et Premier ministre), et ensuite parce qu'il n'est pas certain qu'à l'avenir le Président du Sénat puisse saisir de nouveau ou veuille saisir de nouveau. Ce hasard politique historique évoqué précédemment n'a pas nécessairement la garantie de se reproduire. On a donc un Conseil constitutionnel qui a fait la preuve de sa potentialité de contre-pouvoir, c'est-à-dire ça qui a fait la preuve de la capacité qu'il pourrait avoir éventuellement de faire du contrôle de constitutionnalité, qui a ouvert la route à une reconnaissance du caractère normatif du préambule de la Constitution, mais qui reste encore structurellement trop faible pour pouvoir espérer jouer un rôle véritable de justice constitutionnelle. C'est là qu'intervient la deuxième étape de cette montée en puissance, quelques années après en 1974, par l'adoption d'une révision constitutionnelle qui va considérablement changer la nature et le fonctionnement du Conseil constitutionnel.

L'année 1974 est une étape particulière dans la vie politique française. C'est l'arrivée au pouvoir de Valéry Giscard d'Estaing, qui bat au second tour François Mitterrand de quelques centaines de milliers de voix. Valéry Giscard d'Estaing est un président qui est jeune ; c'est un président qui est certes de la majorité précédente, mais qui n'est pas un gaulliste. Ce n'est pas un gaulliste, mais un libéral, et il arrive au pouvoir avec une volonté de réformer la Constitution. Valéry Giscard d'Estaing va d'ailleurs apporter beaucoup de réformes : la réforme du seuil de la majorité à 18 ans, la possibilité pour Simone Veil de faire adopter la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, qui sont des véritables révolutions sociologique. Mais juridiquement, il veut faire un certain nombre de réformes constitutionnelles, et notamment il réfléchit à faire une réforme du Conseil constitutionnel. Il a notamment comme projet le fait que le Conseil constitutionnel puisse s'autosaisir. C'est un des projets qu'il va mettre en place : le Conseil constitutionnel devrait pouvoir s'autosaisir. Ce n'est pas très facile à mettre en place à l'époque ; ce n'est pas très compatible avec le statut de juridiction. Finalement, on va se rabattre (en partie avec la collaboration du président du Conseil constitutionnel) sur une deuxième réforme qui est la réforme de la saisine, l'idée étant de dire que pourrait saisir le Conseil constitutionnel les quatre autorités initialement prévues (Président de la République, Président du Sénat, Président de l'Assemblée nationale, Premier ministre), mais qu'à cela on viendrait rajouter soixante députés ou soixante sénateurs (qui pourraient donc également saisir le Conseil constitutionnel).

À l'époque, la réforme n'est pas spécialement adoptée avec un enthousiasme considérable. L'opposition n'y voit qu'une réforme constitutionnelle, mais c'est une erreur, parce que cette réforme va changer considérablement la nature du Conseil constitutionnel. Elle va permettre enfin à l'opposition parlementaire de pouvoir saisir le Conseil constitutionnel. On est à une époque où il y a plus de soixante députés communistes, plus de soixante députés socialistes, et donc ils pourront saisir le Conseil constitutionnel. C'est l'ouverture à l'opposition. Cette réforme de 1974 va, en quelque sorte, donner des moyens de concrétiser « l'accident » de 1971. Elle donne à la jurisprudence de 1971 une capacité de reproduction, une capacité de développement qui est considérable. Sur ce point, la réforme constitutionnelle est fondamentale.

D'ailleurs, on voit bien que les choses vont se passer de manière extrêmement importante, parce que si on s'en tient à un simple bilan statistique : entre 1958 et 1974, dans le

cadre du contrôle de constitutionnalité (article 61 de la Constitution), le Conseil constitutionnel n'avait été saisi qu'à neuf reprises (dont celle de 1971) ; entre 1974 et 1984, c'est-à-dire après la révision constitutionnelle (réforme du mode de saisine), le Conseil constitutionnel va être saisi à quatre-vingts reprises. On voit bien ici que quantitativement, le Conseil constitutionnel va changer de nature, de potentialité. Il y a eu dix fois plus de saisines en dix ans qu'il n'y en avait eu dans les années précédentes. D'un seul coup, l'activité du Conseil constitutionnel va devenir de plus en plus importante, de plus en plus forte ; et on va s'apercevoir très vite que le Conseil constitutionnel va être saisi à la fois par la majorité et par l'opposition, puis très rapidement c'est l'opposition qui va s'emparer de la saisine du Conseil constitutionnel. Cette possibilité de saisir le Conseil constitutionnel va être bien intégrée par l'opposition qui va le faire souvent et qui va le faire généralement à bon escient. Elle n'a pas gagné à chaque fois, mais elle va souvent intégrer des professeurs de droit et/ou des juristes dans la rédaction des requêtes (il y a très peu de requêtes mal rédigées à cette époque-là). Très rapidement, on se concentre sur l'application de certaines dispositions constitutionnelles, notamment du préambule de la Constitution.

C'est extrêmement intéressant : le 20 décembre 1974, soit quelques jours après la révision de la Constitution, il y a très rapidement deux recours. Un recours est déposé par des députés socialistes et un recours est (d'ailleurs) déposé par la droite, par la majorité, contre la loi Veil d'interruption volontaire de grossesse.

Très vite, la saisine du Conseil constitutionnel va devenir un élément stratégique permettant aux parlementaires de pouvoir diriger des requêtes contre des lois que la majorité a adoptées, et que la majorité a parfois été obligée d'adopter. Il y a un très grand développement de l'utilisation de cette réforme constitutionnelle, et ça ne s'arrête pas. Très rapidement, les parlementaires utilisent la saisine du Conseil constitutionnel, plutôt bien, et on va développer une jurisprudence intéressante. Concrètement, le Conseil constitutionnel va pouvoir ainsi développer sa jurisprudence, développer ses argumentaires, et notamment le recours à la référence sur le préambule de la Constitution. Il devient un organe de contrepoids ; il commence à devenir une véritable juridiction constitutionnelle qui travaille effectivement (quatre-vingts recours en dix ans c'est beaucoup), qui rend des décisions qui ne sont pas toutes favorables au pouvoir, et qui organise son contrôle sur une approche substantielle de la Constitution et notamment sur une approche substantielle du préambule de la Constitution.

## *Partie 2/2*

Cette montée en puissance du Conseil constitutionnel avec la décision de 1971 et avec la révision de 1974 va être enfin corroborée ou renforcée par un troisième élément qui n'est ni une décision du Conseil, ni une révision constitutionnelle. Ce troisième élément est un élément de contexte. Le Conseil constitutionnel va fonctionner dans un contexte qui va rendre son rôle encore plus important et plus central, parce que le Conseil constitutionnel va devoir, à partir de 1981, fonctionner dans un contexte politique un peu compliqué, mouvant. C'est le contexte de l'alternance, c'est le contexte du fait que, pour la première fois sous la Cinquième République, des majorités politiques différentes se succèdent au pouvoir. De 1981 à 1986, c'est l'arrivée de la gauche au pouvoir. C'est la première fois depuis 1958. Cela faisait vingt-trois ans que la gauche (socialiste et communiste) n'était pas arrivée au pouvoir. En 1986 et jusqu'en 1988, c'est la seconde alternance ; la droite revient au pouvoir et on va entrer dans la première cohabitation avec la nomination de Jacques Chirac comme Premier ministre. Puis 1988-1993, autre alternance fait que du retour de la gauche avec la victoire de François Mitterrand à l'élection présidentielle et majorité relative au parti socialiste sous la direction notamment de Michel Rocard à l'Assemblée nationale. En 1993, c'est la victoire de la droite aux élections législatives (victoire considérable et écrasante de la droite aux élections législatives) jusqu'en 1995. Cette élection de 1993 sera « confirmée » par la victoire de Jacques Chirac en 1995 à l'élection présidentielle. Mais en 1997, il y aura de nouveau alternance, puisque Lionel

Jospin (gauche plurielle) Jospin arrive au pouvoir à Matignon (Jacques Chirac étant Président de la République) et que va s'instaurer une troisième cohabitation qui va durer cinq ans jusqu'en 2002 et la réélection de Jacques Chirac et la victoire de la droite à l'Assemblée nationale. Une autre alternance interviendra un peu plus tard avec la victoire en 2012 de François Hollande à l'élection présidentielle.

Dans la période des années 1980-2000, on a une évolution très importante des alternances politiques. Cette évolution très favorable la démocratie française – la démocratie étant l'alternance, car un régime dans lequel aucune alternance n'est possible n'est pas un véritable régime démocratique – est malgré tout potentiellement dangereuse. En effet, la gauche arrive au pouvoir avec un programme de gauche à l'époque, et cette gauche qui arrive au pouvoir va vouloir appliquer un programme très audacieux, notamment en matière de nationalisation, en matière d'évolution et de réforme de l'école qui va provoquer des protestations extrêmement fortes de la part de la droite qui considère qu'il s'agit d'une véritable collectivisation. On est encore dans une atmosphère de presque-guerre froide (les communistes sont au gouvernement). De plus, la droite n'accepte pas complètement psychologiquement et politiquement le retour de la gauche. Elle considère très rapidement que cette gauche est illégitime ; on va donc avoir des débats politiques extraordinairement tendus, extraordinairement vigoureux, extraordinairement durs sur les nationalisations, sur la réforme du service public de l'école (il faut penser aux très grandes manifestations des années 1980 80 pour l'école libre contre pour l'école laïque avec des mobilisations de plusieurs millions de personnes dans la rue).

On va avoir un contexte politique très tendu avec des affrontements, des tensions extrêmement fortes, et le Conseil constitutionnel va être placé au centre de ces affrontements, car il aura à statuer sur les nouvelles lois adoptées par les nouvelles majorités. En 1981, c'est assez compliqué, les neuf membres du Conseil constitutionnel de 1981 ont été nommés à l'époque du pouvoir de la droite ; il y a le risque qu'on les accuse de faire du gouvernement des juges. À l'époque, Pierre Joxe (ministre de l'Industrie puis Président du groupe socialiste à l'Assemblée nationale) va ainsi déclarer : « Mais que pèsent ces neuf vieillards face aux quinze millions de français qui ont voté François Mitterrand ? » André Laignel, autre député socialiste à l'époque, vient dire : Nous avons juridiquement raison parce que nous sommes politiquement majoritaires.

Le Conseil constitutionnel se retrouve dans un climat politique très compliqué, car les saisines se multiplient. Il est dans un climat qui pourrait être de nature à la fragiliser. Au contraire, le Conseil constitutionnel va être capable de répondre à ce défi et de s'imposer par sa capacité stabilisatrice, c'est-à-dire qu'ici le Conseil constitutionnel va jouer un rôle de pacificateur, de stabilisateur dans la vie politique. Il va être capable de rendre l'alternance normale et pacifiée. Il n' s'agit pas de faire en sorte qu'il n'y ait pas de débat politique, mais il va réussir à faire en sorte qu'il arbitre. C'est la fameuse période où le droit saisit la politique – « la politique est saisie par le droit » pour reprendre la belle expression de Louis Favoreu. C'est l'idée que les juristes, le droit, l'application des normes, le juge est capable de pacifier la vie politique.

C'est compliqué pour le Conseil constitutionnel, parce que non seulement le nombre de saisines va se développer, les questions sont éminemment politiques, il doit répondre très vite : ses délais sont généralement réduits à un mois au plus pour pouvoir répondre à une question, donc la réponse va intervenir alors que le débat politique est encore extrêmement vif. Le Conseil constitutionnel est donc dans une situation complexe. Il n'empêche qu'il va réussir à stabiliser sa position, la légitimer et imposer un arbitrage juridique. Il le fait d'abord parce que, dans sa position, il va faire en sorte que ses décisions soient le moins contestables possible, le plus juridiques possibles.

Pour cela, il va d'abord utiliser ce qu'on appelle des techniques d'autolimitation. Cela veut dire le Conseil constitutionnel, dans toutes les décisions qu'il va rendre à cette époque et notamment dans les décisions les plus politiquement complexes, il va venir dire quelles sont les limites de son rôle. Son argument est de dire qu'il n'a pas à se substituer au législateur, que le législateur est souverain dans ses choix à partir du moment où il respecte la Constitu-

tion et que globalement le Conseil constitutionnel n'a pas à substituer son appréciation à celle du législateur. Il va simplement faire un contrôle juridique de l'application de la Constitution par le législateur (c'est la première chose).

La deuxième technique (ou notion) que le Conseil constitutionnel va mettre en avant et utiliser, c'est l'idée d'une sorte de permanence des principes ; il va essayer autant que faire se peut, et il va bien le faire, d'utiliser les mêmes principes, les mêmes règles à l'endroit de l'une ou de l'autre de la majorité. C'est notamment le cas en matière de nationalisation où il va appliquer les mêmes principes à la nationalisation telle qu'elle sera opérée à partir de l'année 1981 qu'à la privatisation telle qu'elle sera opérée en 1986. La gauche veut nationaliser, la droite veut privatiser, le Conseil constitutionnel leur rappelle que l'une et l'autre de ces deux opérations restent possibles dans le cadre de limites, les mêmes pour les deux, et en imposant un certain nombre de principes. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel va montrer une sorte de permanence de l'arbitrage, une permanence des règles de l'arbitrage face à ces débats politiques. C'est très important. De même d'ailleurs (autre élément que le Conseil constitutionnel va intégrer) qu'il va beaucoup utiliser des considérants « pédagogiques ». Les décisions du Conseil constitutionnel à cette époque vont devenir de plus en plus longues et vont tenter d'expliquer la méthode, le raisonnement, le pourquoi de la décision. Le Conseil constitutionnel se comporte ici comme un professeur de droit, comme un enseignant qui va tenter de montrer pourquoi et comment les choses sont celles-là et ne peuvent pas être autrement. Il va en quelque sorte participer à l'éducation juridique et à l'éducation constitutionnelle des acteurs politiques, ce qui est absolument considérable.

La dernière technique que le Conseil constitutionnel va utiliser, c'est de s'appuyer sur le concept de réserve d'interprétation. La réserve d'interprétation est une technique qui a un peu dérivé, en tout cas qui vient intellectuellement et historiquement de l'interprétation américaine (les américains disent qu'il faut « vider la loi de son venin »). La réserve d'interprétation consiste à dire que la loi est conforme à la Constitution sous réserve d'être interprétée de telle manière, peu importe que le législateur ait voulu ou n'ait pas voulu cette interprétation. Le Conseil dit donc qu'on va appliquer la loi, qu'il ne la déclare pas inconstitutionnelle, mais à condition de l'appliquer de cette manière et dans le cadre de ce mode d'interprétation. Évidemment, cela a une dimension juridiquement contestable et politiquement intéressante. Juridiquement contestable, parce qu'on commence à arriver aux limites du législateur négatif ; on commence à arriver à la limite dans laquelle le juge se substitue au législateur en « réécrivant la loi » (on force le trait à dessein), en réécrivant la seule interprétation possible du texte au regard de la Constitution. Parfois la réinterprétation est un peu forcé, elle est un peu directive (on avait parlé au premier semestre de cette fameuse image du président Jean-Louis Debré qui disait : « le Conseil constitutionnel est un acteur au fond qui a une gomme, mais qui n'a pas de crayon. » Il a une gomme parce qu'il peut considérer et effacer certaines dispositions de la loi qui seraient inconstitutionnelles, mais il n'a pas de crayon parce qu'il ne peut pas la réécrire. C'est la légitimité du juge ; c'est exactement la théorie du législateur négatif posée par Kelsen. C'est exactement la contestation qui est faite par Lambert du rôle de la Cour suprême et de son interprétation constructive. Ici, le Conseil fonctionne peut aller loin, la réserve interprétative est parfois évidente, mais parfois elle l'est un peu moins, donc juridiquement ça peut être contestable. C'est une montée en puissance du juge et peut-être sur un terrain sur lequel il n'est pas complètement légitime. En revanche, politiquement, c'est extrêmement intéressant, parce que c'est faire preuve de diplomatie juridictionnelle en disant qu'il (le Conseil constitutionnel) ne déclare pas la loi inconstitutionnelle, donc il ne fait pas de sa décision une défaite politique. La majorité qui a adopté la loi ne sera pas obligée de la refaire et on ne lui ne renverra pas sa copie. En revanche, on ne pourrait pas appliquer la loi telle que la majorité voulait le faire, parce qu'il y a des limites. Mais le Conseil constitutionnel préfère lui rapporter ces limites dans l'interprétation que de les mettre dans l'annulation ou la disparition de la loi.

C'est quelque chose d'extrêmement intéressant, qui va assez bien fonctionner. Le Conseil constitutionnel va jouer un rôle d'objectivisation et d'apaisement. Il transforme un conflit

subjectif parce que politique, en un conflit objectif parce que juridique. Bien sûr, c'est un peu artificiel, et évidemment si on s'appliquait une démarche marxiste (qui à bien des égards est assez intéressante), on pourrait considérer que la séparation entre le droit et la politique ainsi qu'entre la subjectivité et l'objectivité est parfaitement artificielle, mais ici, en termes de représentation, c'est extrêmement important. Le Conseil constitutionnel transforme un conflit politique, idéologique, violent, subjectif, en un conflit pacifié, géré, objectif et presque scientifique qui est l'application de la loi de la conformité à la Constitution.

Cette fonction d'objectivisation a un rôle considérable, parce qu'elle participe (et c'est le deuxième intérêt de la politique du Conseil constitutionnel) à une fonction d'apaisement. Le Conseil constitutionnel, tout d'abord donne une dernière chance à l'opposition (il évite à la majorité d'avoir une procédure trop majoritaire ou dominatrice), puis il permet de pacifier un peu les choses, de réguler un peu les choses. Le Conseil constitutionnel va vraiment obtenir et jouer ce rôle de modérateur qui sera considéré comme un des grands avantages de la justice constitutionnelle par le doyen Favoreu, qui avait beaucoup analysé à cette époque-là. C'est là qu'apparaît l'idée que la justice constitutionnelle peut être non pas un adversaire de la démocratie telle que l'avait dit Lambert (la fameuse théorie du gouvernement des juges), mais au contraire une forme de pacification du gouvernement par les juges, une forme de remise en cause des tensions et d'apaisement des tensions. Ce Conseil constitutionnel, placé à l'interface des majorités et des oppositions (majorité et opposition étant un élément relativement fluctuant à cette époque-là) et s'affirmant aux uns et aux autres, acquiert une puissance considérable.

Si on fait le bilan jusqu'en 2002 du Conseil constitutionnel, on s'aperçoit qu'il est devenu un vrai juge capable d'appliquer des normes juridiques, des normes constitutionnelles, des normes du préambule, des droits fondamentaux en 1971. On s'aperçoit qu'en 1974, ce vrai juge potentiel est devenu un véritable juge effectif, parce que d'une saisine accidentelle, il est maintenant dépositaire de saisines régulières et est opérationnel parce que l'opposition peut saisir. Dans le troisième temps, puisqu'il y a une majorité et une opposition, puisque l'une et l'autre peuvent gagner les élections, le juge se place au milieu de la démocratie française comme un élément de stabilisation. On a la construction d'un Conseil constitutionnel qui, de simple canon dirigé contre le parlement, devient le véritable gardien armé de la démocratie – parce que disposant de l'autorité de la chose jugée de l'article 62 – capable de répondre à la majorité et à l'opposition, et d'arbitrer de la même manière l'une et l'autre.

On a donc un Conseil qui est monté en puissance, mais ce Conseil constitutionnel a toutefois un problème : l'évolution de la vie politique et l'apparition de nouveaux partis, le fait que certains partis ne sont pas représentés, la disparition quasi-effective de certains partis qui n'ont plus soixante députés ou soixante sénateurs (on pense notamment au parti communiste), vont poser le problème de la saisine du Conseil constitutionnel. Soixante députés ou soixante sénateurs, c'est le chiffre de 1974. C'est un chiffre qui est parfait en 1974 ; on est dans cette période rêvée et bénie de la démocratie française, de ce fameux quadriparti avec bipolarité, c'est-à-dire quatre partis politiques qui représentent quatre véritables tendances historiques de la pensée politique française (des gaullistes aux communistes en passant par les libéraux et les socialistes), qui ont chacune la capacité de mobiliser plus de soixante députés ou soixante sénateurs, et qui donc chacun peuvent saisir le Conseil constitutionnel. L'ensemble des électeurs ou presque est représenté au parlement, et l'ensemble des grands partis parlementaires peut saisir le Conseil constitutionnel : il y a une cohérence sociologique, politique et juridique. Toutefois, cette cohérence va être rompue très rapidement, parce que certains partis politiques n'auront pas d'élus – et pourtant ils représentent des tendances importantes – et certains partis politiques n'ont plus assez d'élus pour représenter ou pouvoir saisir le Conseil constitutionnel.

C'est pour cette raison qu'apparaît dans la pensée politique française (même si c'est un élément qui est soutenu aussi par l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, par cette espèce de culture européenne des droits fondamentaux qui arrive dans les États et qui arrive en France) l'idée qu'il faut encore réformer le mode de saisine du Conseil



constitutionnel, et qu'il faut ouvrir la saisine du Conseil constitutionnel aux simples citoyens, à la possibilité pour un citoyen de saisir, comme c'est le cas dans la plupart des démocraties européennes et aux États-Unis, la juridiction constitutionnelle, notamment s'il considère que ses droits fondamentaux sont violés.

Cette idée est intéressante. La genèse de cette proposition est à la fois une montée en puissance du concept de l'État de droit qui dévoyait dans tous les états en Europe, et la logique suprême de l'État de droit est de permettre à chaque citoyen de pouvoir demander au juge de défendre individuellement ses droits fondamentaux. Il y a donc cette aspiration globale à laquelle la France était culturellement extrêmement réticente, il y a une aspiration conjoncturelle selon laquelle la réforme de 1974 était excellente mais ne fonctionne plus. Elle ne fonctionne que parce que la société de 1974 et la société de 2000 n'est plus la même, car tous les partis ne sont plus représentés au parlement. Il faut donc réviser la Constitution et ouvrir la saisine individuelle au Conseil constitutionnel. C'est une idée ancienne qui a été portée dès 1989 par Robert Badinter, alors président du Conseil constitutionnel (et ancien ministre de la Justice). À l'occasion du bicentenaire de la révolution française de 1789, Badinter propose la possibilité pour les citoyens de saisir le Conseil constitutionnel. Refus du Sénat, il n'est pas question de valider cette révision constitutionnelle considérée comme favorable à la majorité socialiste de l'époque. En 1993, le comité Vedel (comité de réflexion placé sous l'autorité éminemment éclairée du doyen Vedel) qui avait été réuni à l'autorité du Président de la République François Mitterrand pour réviser la Constitution, va faire un certain nombre de propositions. Dans les propositions qu'il va faire se trouve la possibilité d'une saisine du Conseil constitutionnel par les citoyens en matière de contrôle de constitutionnalité, notamment des droits fondamentaux. Le comité Vedel réfléchit à un système de filtre, mais cela est refusé, car en 1993 il va y avoir là l'alternance avec l'arrivée au pouvoir d'une nouvelle majorité de droite totalement opposé à l'idée de cette réforme et qui ne veut pas faire de cadeau à la gauche dans ce domaine-là.

Cette réforme va rebondir en 2008, c'est-à-dire après l'élection de Nicolas Sarkozy à la présidence de la république en 2007. Nicolas Sarkozy veut s'engager très rapidement – il le dit dans un discours d'Épinal, symboliquement Épinal est aussi la ville où le général de Gaulle avait fait un de ses discours – en disant qu'il veut réviser globalement la Constitution, rééquilibrer la Constitution notamment pour les droits du parlement. Il met en place une commission d'experts assez politiquement pluraliste (il y a des gens de gauche là les gens de droite), une commission composée à la fois d'hommes politiques et d'universitaires (juristes spécialisés), et présidée par l'ancien premier ministre Édouard Balladur. Cette commission va rendre un rapport extrêmement important et extrêmement fourni qui propose la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'être saisi par un citoyen s'il estime que ses droits et libertés ont été violés. Cette proposition du comité Balladur va être reprise par le gouvernement, validée au terme d'une révision constitutionnelle très difficile à obtenir par le congrès. À partir de 2008 est donc créée dans la Constitution française une troisième et nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité qui vient se surajouter aux procédures précédentes. Les procédures précédentes de l'article 61 de la Constitution continuent à fonctionner, mais vient à se mettre en place une troisième procédure de contrôle de constitutionnalité que l'on va dénommer sous le terme de « question prioritaire de constitutionnalité ».

Cette question prioritaire de constitutionnalité a pour objet de permettre à un citoyen qui estime que ses droits fondamentaux ont été lésés, de saisir le Conseil constitutionnel. De ce point de vue, cette révision constitutionnelle – qui sera entérinée par l'adoption d'une loi organique – va constituer une révolution juridique, elle constitue une sorte de double défi, de double révolution. La première révolution est d'ordre idéologique, fondamental : c'est la possibilité pour les citoyens de contester une décision, une loi, au travers du juge constitutionnel. C'est la destruction de la vision française du contrôle de constitutionnalité qui était très réticente et basée sur une forme de légicentrisme, de placer la loi au centre du système (le professeur Dominique Turpin en avait parlé à l'époque), avec une version un peu mal comprise de la pensée de Jean-Jacques Rousseau, mais c'est une révolution intellectuelle. Le Conseil consti-

tutionnel peut être saisi par les citoyens, la loi peut donc être contestée par tout un chacun devant un juge. Le deuxième défi est de savoir comment on va faire, parce que très classiquement on s'aperçoit en droit constitutionnel que si aujourd'hui le principe de permettre à un citoyen de saisir le juge constitutionnel est acquis, la question qui va se poser est : Comment le fait-on ? Parce que le risque, c'est l'engorgement c'est de voir arriver des dizaines, voire des centaines, voire des milliers de décisions de requêtes qui peuvent écraser le juge constitutionnel qui n'aura pas les moyens d'y répondre. C'est pourquoi la réforme constitutionnelle et la loi vont mettre en place après un système de filtrage (que vous verrez en cours) qui fait que la question prioritaire de constitutionnalité ne peut être posée qu'au cours d'un procès. Elle n'a pour objet que de défendre l'application des droits et libertés que la Constitution garantit (toutes les inconstitutionnalités ne peuvent pas être attaquées dans un procès). On doit attendre le procès, on doit soulever la question devant lui, et c'est le juge (judiciaire ou administratif) qui doit accepter ou non de faire remonter la procédure, soit devant le Conseil d'État et la Cour de cassation si c'est un juge de première instance, soit le Conseil d'État et la Cour de cassation acceptent ou non de faire remonter la procédure devant le Conseil constitutionnel.

Nous n'allons pas insister sur la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, parce que vous la verrez en travaux dirigés. Elle aboutit à un contrôle *erga omnes* (à l'égard de tous, opposable à tous) : la loi, si elle est considérée comme non conforme, cesse de s'appliquer pour la décision, mais également pour l'ensemble du système juridique français.

Cette nouvelle procédure va transformer le droit constitutionnel et le Conseil constitutionnel. Elle va ouvrir des perspectives considérables, mais aussi des défis. En termes de transformation, les chiffres parlent : la question prioritaire de constitutionnalité va permettre un développement jurisprudentiel considérable. Le nombre d'affaires traitées par le Conseil constitutionnel va être multiplié par deux ou trois (vous pouvez aller sur le site du Conseil constitutionnel pour vérifier le nombre d'affaires déposées), et on s'aperçoit aujourd'hui, alors que la question prioritaire de constitutionnalité est en application depuis 2010, que le Conseil constitutionnel a eu plus d'affaires traitées par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité que d'affaires traitées par l'article 61 depuis sa création. La question prioritaire de constitutionnalité devient une institution, un système de formation, c'est-à-dire devient un élément principal de formation du Conseil constitutionnel. Aujourd'hui, les principales affaires sont traitées par la question prioritaire de constitutionnalité. Pour donner des chiffres un peu anciens (mais que vous pourrez facilement réactualiser) : le 31 décembre 2018, le Conseil constitutionnel avait connu 990 saisines par le biais de l'article 61 depuis 1958, mais il avait déjà connu presque 800 saisines par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, alors que celle-ci ne fonctionne que depuis 2010. *Grosso modo* entre 1958 et 2018 d'un côté, et entre 2010 et 2018 de l'autre, on a le même nombre d'affaires. Ceci veut dire que très rapidement, le Conseil constitutionnel ne va pratiquement faire que des questions prioritaires de constitutionnalité, en tout cas l'activité du Conseil constitutionnel va être principalement orientée autour du traitement de la question prioritaire de constitutionnalité. D'un point de vue quantitatif, c'est considérable ; d'un point de vue qualitatif, le Conseil constitutionnel est devenu un véritable juge des libertés, et il va avoir affaire à un véritable contrôle substantiel du respect des libertés fondamentales. Il va faire progresser le droit, on pense à la grande décision sur la garde à vue par exemple qu'il va rendre très rapidement dès 2010. C'est une décision qui va être considérable, le Conseil constitutionnel va faire considérablement apporter un contrôle sur les libertés. Cela va d'ailleurs entraîner une évolution des techniques du contrôle de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel se met à fonctionner de plus en plus comme une véritable juridiction, grâce d'ailleurs à l'application et à la pédagogie bienveillante mais très efficace du président Debré, qui va progressivement transformer les séances du Conseil constitutionnel en véritables instances juridictionnelles – modifiant la salle, permettant un contradictoire, permettant au public d'accéder aux débats et aux échanges, etc. De nouvelles modalités d'application des décisions du Conseil constitutionnel vont être rendues, par exemple le fait

qu'une décision du Conseil constitutionnel puisse s'appliquer avec un délai (c'est le cas en matière de garde à vue). En d'autres termes, la France aura un délai pour mettre en conformité sa législation avec les dispositions qu'elle a violées. Il va donc y avoir une véritable révolution (vous aurez une série de travaux dirigés très importante sur la question prioritaire de constitutionnalité et vous avez dans le document qu'on vous a distribué un certain nombre d'éléments sur la question prioritaire de constitutionnalité).<sup>2</sup>

On a donc une évolution considérable du Conseil constitutionnel ; on a une évolution considérable du système juridique français qui se constitutionnalise. La Constitution devient une norme obligatoire et incontournable pour tous les contentieux, puisque que ce soit un contentieux devant la Cour de cassation ou devant le Conseil constitutionnel, devant l'ordre judiciaire ou devant l'ordre administratif, on a une chance certaine (en tous cas forte) de pouvoir terminer au Conseil constitutionnel.

On a donc une mutation considérable du Conseil constitutionnel, une montée en puissance du Conseil constitutionnel, la réforme de 2008 venant en quelque sorte parachever, concrétiser et renforcer la position du Conseil constitutionnel. La réforme de 2008 n'est pourtant pas la fin de l'histoire constitutionnelle, parce qu'elle pose des questions et ouvre des débats. Elle ouvre notamment le débat du gouvernement des juges, débat récurrent mais qui évidemment va prendre une importance plus considérable (plus le juge est important, plus le débat sera important). Elle va aussi poser la question de la capacité du Conseil constitutionnel à faire face à ces nouvelles compétences. Neuf juges, ce n'est pas beaucoup ; peut-être pourrait-on imaginer deux formations de jugement, la procédure renforcée du Conseil constitutionnel, les moyens matériels à la disposition du Conseil constitutionnel, qui reste somme toute relativement limitée au regard des autres grandes juridictions constitutionnelles en Europe. La présence des anciens présidents de la république, qui sont membres de droit du Conseil constitutionnel, est une question également soulevée.

En 1958, on avait voulu donner un statut aux deux anciens présidents de la quatrième république, mais très rapidement le général de Gaulle n'a pas siégé au Conseil constitutionnel, Georges Pompidou est mort pendant son mandat, Valéry Giscard d'Estaing a eu une carrière politique importante pendant des années après son échec de 1981, François Mitterrand est décédé à l'issue de son deuxième mandat, donc la question ne s'est pas véritablement beaucoup posée. Elle s'est posée récemment avec Jacques Chirac qui a un temps siégé au Conseil constitutionnel avec Valéry Giscard d'Estaing, avec Nicolas Sarkozy. Il y a donc une possibilité pour les anciens présidents de la république de pouvoir siéger au conseil constitutionnel (la question aurait pu se poser pour François Hollande également) – les anciens présidents sont désormais plus jeunes, et ont donc une carrière après. La question est celle de savoir si une juridiction qui a ces compétences, ce rôle, cet importance, peut accepter que des hommes politiques siègent quasiment à titre qualifié au sein du Conseil constitutionnel. Cela soulève également la question du recrutement des membres du Conseil constitutionnel, du fait que le recrutement est de plus en plus politique et qu'il y a un certain nombre de ministres très importants qui sont au Conseil constitutionnel (trois ou quatre ministres et plusieurs anciens premiers ministres ont été au Conseil constitutionnel). Il n'agit pas de les remettre en cause, mais quand même de s'étonner que des anciens ministres puissent avoir à statuer sur des textes dont ils ont soutenu, la plupart du temps l'adoption par leur majorité. Cela montre bien que cette évolution du Conseil constitutionnel est une mutation radicale du droit constitutionnel de la Cinquième République, une mutation radicale au regard de ce que voulaient les constituants, mais ce n'est pas la fin de l'histoire constitutionnelle, et le chantier de la Constitution normative reste ouvert. Il y a plusieurs interrogations sur la Cinquième République comme un État de droit, et on peut s'interroger sur la capacité qu'a le Conseil constitu-

---

<sup>2</sup> Je vous invite à aller voir sur le site du Conseil constitutionnel un certain nombre de points qui sont très clairement développés. Vous pourrez même assister, si le cœur vous en dit et je vous encourage vivement, à des débats ou à des séances de la question prioritaire de constitutionnalité, puisqu'elles sont intégralement filmées et diffusées.

tionnel aujourd'hui à jouer le rôle qu'il a progressivement pris, qu'il a progressivement occupé, et ça sera l'objet des deux prochaines vidéos.

## Bilan de l'activité du Conseil constitutionnel

*(Droit constitutionnel 5)*

Troisième vidéo de ce cycle de présentation et d'explication du document que je vous ai envoyé. Dans les deux vidéos qui vont venir, on va explorer le bilan de l'activité du Conseil constitutionnel. Comment le Conseil constitutionnel, dont nous avons exposé le cadre normatif avec cette hiérarchie des normes imposée par la Constitution de 1958, va-t-il fonctionner et a-t-il fonctionné jusqu'en 2020 ? Avec sous-jacent au simple bilan d'observation des décisions que vous verrez tout au long de vos études, le Conseil constitutionnel est devenu aujourd'hui une institution non seulement au sens strict du terme de droit constitutionnel, mais qui intervient dans toutes les disciplines, dans toutes les matières. Au-delà de ce bilan quantitatif, nous allons nous poser deux ou trois questions plus qualitatives, plus systémiques sur la Constitution de 1958 et sur l'interaction qu'elle peut entretenir avec le Conseil constitutionnel.

La question centrale qui va se poser est la suivante : Qu'est-ce que nous apprend le fonctionnement du Conseil constitutionnel sur la Constitution de 1958 et donc, par surcroît, sur le régime politique français contemporain ? Est-ce que le Conseil constitutionnel ne serait pas une espèce de révélateur de la nature profonde du système constitutionnel français, du système politique français, à la fois de ces évolutions mais aussi de ses stagnations, de ses limitations et peut-être surtout de ses contradictions ? C'est là-dessus que l'on va insister dans ces vidéos terminales, puisqu'elles ont pour objet de clore non seulement la partie sur le Conseil constitutionnel mais globalement le cours.

On va donc insister sur un constat contradictoire qui nous amènera à nous poser des questions. Le constat contradictoire est simple : il est de dire que, d'un côté le Conseil constitutionnel a considérablement agi, a considérablement travaillé, s'est considérablement imposé (on a vu comment la dernière fois) sur la scène constitutionnelle française (d'où cette expression : « Il a pris sa place sur la scène constitutionnelle française »). Il a développé une jurisprudence considérable très novatrice qui va (le mot est un peu exagéré mais il s'agit d'une image pédagogique) « créer une Constitution » ou « créer un phénomène constitutionnel par rapport au texte ». La Constitution de 1958 devient la première constitution normative qui s'impose, y compris au législateur, et qui va être développée par une technique contentieuse. Le Conseil constitutionnel n'est pas pour rien, loin s'en faut, dans ce développement qualitatif et normatif de la Constitution. C'est la première chose qu'on peut dire : le Conseil constitutionnel (pardonnez encore une fois cette image) a « créé une Constitution » au sens véritable du terme, au sens kelsenien du terme. Il en a fait une norme juridique applicable, opposable et développée. C'est un premier constant.

Le deuxième constat, un peu à l'inverse, consiste à dire que l'action du Conseil constitutionnel a été très importante, a été très novatrice en droit constitutionnel français, mais pour autant, peut-on considérer que son action est totale ? Non, parce qu'il s'agit d'une action progressive, d'une montée en puissance, mais il y a encore toujours des zones d'ombre dans la constitutionnalité, des zones dans lesquelles le Conseil constitutionnel ne peut pas aller, qui ne sont pas contrôlées au titre de la constitutionnalité des lois et qui vont constituer des espaces d'inconstitutionnalité potentielle. La conquête du champ constitutionnel par le Conseil constitutionnel n'est pas totale, n'est pas absolue.

Cela nous amène à nous poser une question à partir de ce constat : Quelle est la véritable nature du système constitutionnel français ? Peut-on considérer qu'il s'agit d'un État de droit au sens que Kelsen donnait à cette expression, c'est-à-dire un État dans lequel les actions politiques sont soumises à la Constitution ? Est-ce que c'est devenu un État de droit constitu-

tionnel ou est-ce que la constitution reste toujours le champ d'une action politique ? Au travers de ces réserves d'inconstitutionnalité, de ces espaces sans constitutionnalité, est-ce qu'il y a l'idée que parfois la politique peut encore saisir le droit ? Ce seraient des espaces dans lesquels le droit ne peut pas pénétrer. La Constitution de 1958 a quand même gardé un peu de ce qui faisait son caractère originel, le fait d'être un texte à l'appui d'un projet politique de restauration de la puissance de l'État et d'une certaine incarnation du poids politique. C'est en partie là-dessus qu'on va essayer de réfléchir autour des vidéos que je vais mettre en ligne, sur cette idée de l'action du Conseil constitutionnel comme une espèce de révélateur de ce que peut être l'évolution de la Constitution de 1958 et de la véritable nature aujourd'hui du système constitutionnel français.

La première notion que nous allons voir, c'est de s'interroger sur ce que le Conseil constitutionnel a apporté au droit constitutionnel de la Cinquième république de façon générale, mais aussi au droit constitutionnel français, à la conception même du droit constitutionnel français.

L'apport du Conseil constitutionnel est d'avoir créé une véritable Constitution. Entendons-nous bien : la Constitution de 1958 n'est pas la première constitution adoptée en France, il y a un ensemble de textes constitutionnels préalable qui ont été adoptés et qui sont des vrais textes constitutionnels, dont le juge au moins administratif avait consacré un certain nombre de principes – à reculons ou avec beaucoup d'hésitations, mais il l'avait fait –, donc on ne découvre pas la Constitution en France en 1958. Ce qu'on découvre en 1958, c'est la constitutionnalité, et au travers de cette découverte de la constitutionnalité, on va découvrir que le texte constitutionnel devient un texte juridique applicable, sanctionné par un juge, opposable y compris à la majorité politique, et susceptible de pouvoir produire des effets juridiques contraignants. La grande révolution que met en scène le Conseil constitutionnel, c'est l'article 62 qui impose ses décisions à toute autorité juridictionnelle et administrative.

Comment le conseil constitutionnel s'y est-il pris pour créer ces conditions de développement d'une constitutionnalité matérielle ? Très sommairement, parce qu'il s'agit pas évidemment ici ni de reprendre l'intégralité du document que vous allez avoir, ni d'épuiser ce choix-là que vous verrez régulièrement deuxième année, en troisième année, c'est le champ très compliqué qui est devenu aujourd'hui un des thèmes centraux de la recherche constitutionnelle française, mais très rapidement à propos de l'attitude du Conseil constitutionnel, de l'apport du Conseil constitutionnel à la Constitution en général, deux points méritent d'être relevés :

- Le premier, c'est que le Conseil constitutionnel a étendu le champ de la constitutionnalité. Il a étendu ce que Louis Favoreu rappelle le bloc de constitutionnalité. Il a créé, à côté du texte de la Constitution, à côté des dispositions écrites de la Constitution, des articles, c'est-à-dire un certain nombre de normes parallèles qui viennent compléter la Constitution. Il a étendu le champ de la constitutionnalité par la création, la reconnaissance, d'un certain nombre de normes juridiques qui viennent compléter les articles *stricto sensu* de la Constitution.
- L'autre apport de jurisprudence du Conseil constitutionnel au-delà de la redéfinition et de l'extension du champ du texte de référence, c'est d'avoir mis en œuvre des techniques de contrôle particulièrement innovantes qui elles-aussi ont contribué à l'affirmation du contrôle de constitutionnalité. Comme nous le verrons ultérieurement, le Conseil constitutionnel ne s'est pas limité au simple choix de décisions favorables / décisions défavorables, constitutionnalité / inconstitutionnalité, constitutionnalité et validation du texte / inconstitutionnalité et le texte disparaît et n'a plus d'effet. On va voir que le Conseil constitutionnel a fabriqué des modalités de contrôle, des degrés d'exercice du contrôle qui sont assez différenciés, assez variables et qui vont renforcer son intervention puisqu'ils vont lui donner des palettes supplémentaires d'intervention dans le débat constitutionnel.

C'est un progrès dans le sens de constitutionnalité, parce que la Constitution devient de plus en plus « constitutionnelle », de plus en plus juridique, de plus en plus normative, et que

l'étendue des techniques utilisées par le Conseil renforce cette normativité et amène la France sur le terrain de l'État de droit. Mais simultanément, et c'est une question que nous nous sommes posés presque tout au long du premier semestre, cette extension quantitative et qualitative de la constitutionnalité, de la constitutionnalisation du système, soulève une autre question centrale que Kelsen soulevait déjà en son temps et qui avait été reprise par Édouard Lambert : c'est la question du gouvernement des juges. L'intervention du Conseil constitutionnel doit-elle être considérée comme légitime au sens politique du terme – sûrement pas –, mais légitime au sens juridique, au sens normatif, au sens théorique ? Le Conseil constitutionnel a-t-il dépassé ce fameux stade du législateur négatif que pose Kelsen ? Est-il passé du côté de la « libre création » (pour reprendre à dessein l'expression qu'utilise Hans Kelsen), c'est-à-dire : Est-il un juge qui crée du droit et qui crée du droit de manière outrancière par rapport à ses fonctions ? C'est une vraie question générale que se pose dans toutes les juridictions constitutionnelles, mais c'est une question qui se pose peut-être avec plus d'acuité en France pour deux raisons :

- d'abord, elle se pose avec beaucoup d'acuité, parce que le débat est récent. L'idée qu'un juge puisse devenir effectivement du gouvernement des juges est récente. C'est une idée invoquée très fréquemment dans le discours politique français par le camp qui perd par la décision du Conseil constitutionnel, le camp qui voit sa position confirmée par le Conseil Constitutionnel a tendance à hurler au gouvernement des juges. C'est un débat relativement récent, car le Conseil constitutionnel agit de manière récente. C'est donc un débat nouveau et la raison qui rend ce débat très compliqué en France, c'est que c'est un débat qui se pose avec d'autant plus de difficultés que la France est un pays particulier en matière de contrôle de constitutionnalité. D'abord par sa capacité à avoir longtemps résisté aux contrôles et par la capacité qu'a eue la doctrine française à émettre des théories anti-contrôle de constitutionnalité. Cela peut paraître surprenant aujourd'hui, parce que la doctrine française a considérablement évolué dans ce domaine, mais il y avait des théories anti-contrôle de constitutionnalité (la fameuse théorie de Lambert du gouvernement des juges). Ces théories ont été notamment reprises par Dominique Turpin qu'il a théorisées sur l'idée du fameux légicentrisme à la française (sur lequel il faudrait remonter une mauvaise lecture de Rousseau), etc. C'est donc un débat qui est vif en France, peut-être plus vif qu'ailleurs ;
- ensuite et surtout, le problème est que le Conseil constitutionnel est un gouvernement des juges, mais lui-même n'est pas complètement un juge. Il y a encore, dans l'organisation du Conseil constitutionnel, un certain nombre d'éléments qui ne sont pas du tout en rapport avec une structure clairement juridictionnelle, ne serait-ce que la nomination des membres, ne serait-ce que l'absence d'exigence juridique et de qualifications pour les futurs membres du Conseil constitutionnel, la présence (même si elle est encore symbolique) d'anciens présidents de la république au sein du Conseil constitutionnel, le fait que les nominations aujourd'hui au Conseil constitutionnel ont privilégié d'anciens responsables politiques de haut niveau – des anciens premiers ministres qui s'y sont succédé : Laurent Fabius, Alain Juppé, Lionel Jospin, etc. Jean-Louis Debré a lui-aussi été en son temps un homme politique de très haut niveau.

Tout ça fait que le débat sur le gouvernement des juges est peut-être plus important en France qu'il se pose en termes très complexes. Cette montée en puissance du Conseil constitutionnel, dont on peut penser qu'elle est « globalement positive », soulève quand même un certain nombre de questions qu'il ne faut pas éluder.

Comme nous le disions précédemment, on a assisté à une montée en puissance du Conseil constitutionnel, une mise en place d'une jurisprudence audacieuse qui lui permet de s'affirmer au travers de deux instruments : l'extension du bloc de constitutionnalité et la mise en place de techniques de contrôle de constitutionnalité un peu novatrices dans le champ français. Cette extension du champ du contrôle de constitutionnalité, du bloc de constitutionnalité signifie (on le répète encore une fois pour être très clair) que le Conseil constitutionnel va

reformer la pyramide, c'est-à-dire les tâches constitutionnelles, et va rajouter aux textes constitutionnels un certain nombre de dispositions. Cette attitude remonte à 1971, qui est l'année d'une triple révolution (mais juridiquement double révolution) :

- le contrôle de constitutionnalité devient un contrôle substantiel, il ne s'agit plus de se poser la question de savoir si le législateur a agi dans le domaine de sa compétence et s'il faut réorienter la loi vers le champ réglementaire (le fameux rôle d'aiguilleur dont parlait le doyen Favoreu) – le Conseil constitutionnel qui ré-aiguillait les lois vers la bonne direction, vers de bons rails. Ce champ de contrôle de conventionalité devient aujourd'hui un champ substantiel. On va vérifier que le contenu de la loi n'est pas contraire au contenu de la Constitution et notamment aux dispositions portant droits et libertés ;
- le deuxième champ révolutionnaire de la décision de 1971 est d'avoir fait référence au préambule de la Constitution, dont on ne savait pas vraiment à l'époque s'il était ou pas un texte pleinement juridique (beaucoup d'auteurs disaient que c'était juste de la philosophie du Droit, et le Conseil d'État a beaucoup développé cette théorie). Le Conseil constitutionnel a clairement réintégré tout le préambule écrit dans la Constitution ; au-delà même d'ailleurs du préambule écrit, il fait référence pour la décision de 1971 à un principe fondamental reconnu par les lois de la République, qui est certes une catégorie écrite, visée par le préambule de 1946 et intégrée dans le préambule de 1958, mais dont la liste n'est pas établie. Rappelons l'interrogation du doyen (Jean) Rivero qui disait à une certaine époque : « Mais quel principe, quelle loi, quelle république ? » Ils étaient indéfinissables. Le Conseil constitutionnel, non seulement a compris et a considéré que ces principes existaient, mais il a rendu nécessaire une réflexion sur leur définition. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel ne s'est pas arrêté en 1971 à la liberté d'association ; il a reconnu une série de principes comme étant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ça a été notamment la liberté d'enseignement, la liberté de conscience, l'indépendance de la juridiction administrative, l'indépendance des professeurs d'université, la compétence de la juridiction administrative en matière d'annulation et de réformation des décisions prises par l'administration, etc. On peut également parler du principe de la spécialisation de la justice pénale des mineurs. Il y a toute une série de décisions rendues par le Conseil constitutionnel qui ont été considérées comme étant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a écrit une nouvelle catégorie – la catégorie existait mais le contenu n'existait pas, n'avait pas été posée par le constituant. Le Conseil constitutionnel va venir rajouter une liste de principes. C'est comme si le Conseil constitutionnel avait complété le préambule de 1946 en inscrivant à la suite de cette mention sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, certaines listes de principes.

Le Conseil est ici dans une activité de création, sinon permanente et du moins régulière de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Notons simplement qu'il a posé un certain nombre de critères à la définition des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il ne les crée pas de manière totalement prétorienne puisque pour lui, le principe fondamental reconnu par la République doit remplir trois critères : il doit être un principe essentiel touchant aux droits et libertés, reconnu par le législateur républicain (donc avant 1946), et qui n'a pas fait l'objet d'une remise en cause ultérieure. C'est donc un principe qui a, à la fois un contenu (les droits et libertés), la reconnaissance par le législateur républicain avant 1946 (puisque le principe a été posé en 1946) et qui ne doit pas avoir été remis en cause ultérieurement. Le Conseil constitutionnel a posé à la fois le principe de sa possibilité de créer ces normes, puis il a posé lui-même les critères, puisque qu'il les a posées en 1988 dans une décision qu'il a rendue à ce sujet.

Donc première idée : le Conseil constitutionnel reconnaît le préambule de la Constitution de 1958 (principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes particulièrement nécessaires à notre temps de 1946, les principes tirés de la Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen du 26 août 1789), et il leur donne une réalité substantielle, normative. Il réécrit où il écrit même un certain nombre de principes quand la catégorie existait.

Au-delà de cette première audace qui consiste à rajouter ou à préciser ou à intégrer le préambule dans la Constitution normative, le Conseil constitutionnel a également créé des normes de référence qui ne s'appuient *a priori* sur aucune base textuelle, c'est-à-dire qu'il a appliqué des principes qu'il peut éventuellement rattacher indirectement à certains textes constitutionnels, mais qui ne sont pas en tant que tels inscrits dans la Constitution. Il a donc créé un droit, un bloc de constitutionnalité non-écrit venant compléter le bloc écrit de la constitutionnalité.

Concernant l'activité normative du Conseil constitutionnel, on pourrait dire que le Conseil constitutionnel a posé trois séries de principes dont on ne peut pas dire qu'ils sont directement intégrés dans le texte. Le Conseil constitutionnel utilise parfois l'expression de « principe à valeur constitutionnelle » ; il utilise également l'expression d'« exigence constitutionnelle » ; et il utilise aussi une troisième expression d'« objectifs de valeur constitutionnelle ». Au nom de ses principes à valeur constitutionnelle, au nom de ces exigences constitutionnelles, au nom de ces objectifs à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel se reconnaît la possibilité de censurer un texte qui ne respecterait pas le contenu de ces principes. Faisons quelques remarques globales sur cette capacité de création.

- La première remarque est que le Conseil constitutionnel fait preuve ici d'une certaine forme de souplesse, notamment dans les deux premières catégories – principes à valeur constitutionnelle et exigences constitutionnelles. On peut se demander s'il s'agit véritablement de deux catégories précises et distinctes, parce que le Conseil constitutionnel peut faire varier une règle. Elle peut être parfois un principe à valeur constitutionnelle, elle peut devenir une exigence constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel va, en quelque sorte, avoir une posture pragmatique d'utiliser ces concepts pour venir compléter la Constitution. De même d'ailleurs que les normes de référence, parce qu'après le Conseil ne crée pas *ex abrupto* des normes ; il va les rattacher, il va dire que tel principe s'inspire ou va être la suite logique d'un texte constitutionnel. On va voir que, de ce point de vue, au moins les principales valeurs constitutionnelles, les exigences constitutionnelles sont des catégories qu'utilise le juge constitutionnel de manière un peu "souple" pour pouvoir s'adapter à une réalité. Le Conseil va utiliser parfois au cas par cas cette notion. Le concept d'« objectif à valeur constitutionnelle » est plus intéressant, d'abord par sa définition : Qu'est-ce que ça veut dire un « objectif à valeur constitutionnelle » ? Cela veut dire que le Conseil constitutionnel considère ici qu'il peut y avoir des buts à atteindre qui justifieraient des limitations aux droits et aux libertés, c'est-à-dire qu'au nom du but à atteindre – et ce but serait déduit de la Constitution –, on pourrait remettre en cause immédiatement des droits et des libertés qui pourraient s'appliquer immédiatement mais qu'il faut nuancer au nom de ce but à atteindre. C'est une jurisprudence intellectuellement plus novatrice. Le Conseil constitutionnel va considérer qu'il y a une forme de dynamique constitutionnelle, que la Constitution ne statue pas exclusivement sur le présent, mais qu'elle statue également sur le futur, qu'elle prévoit le futur. Au nom de ce futur, au nom d'un objectif que poursuivrait la Constitution, on pourrait réduire l'application de tel ou tel droit dans le présent. Cela renvoie un peu à l'idée de Constitution biberon, de Constitution programme qu'on avait rencontrée au premier semestre. Cette notion est d'ailleurs apparue dans des conditions parfois un peu compliquées, puisque l'objectif à valeur constitutionnelle a été notamment consacrée à en 1982 par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une affaire qui était très politique. Le parlement français, la majorité de gauche, avait adopté des lois qui visaient à empêcher un nombre de concentration de presse. C'était l'époque où quelqu'un qui s'appelait Robert Hersant avait racheté beaucoup de journaux et concentré beaucoup la presse ; et donc pour empêcher les concentrations, on a limité un certain nombre d'usages du droit de liberté du commerce notamment. Le Conseil constitutionnel a estimé que cette limitation était possible, car le but était de préserver le pluralisme des courants d'expression socioculturels. L'idée était de dire qu'il fallait faire une espèce de bilan d'équilibre entre les atteintes actuelles à la liberté du commerce (à la possibilité d'acheter, etc.) par rapport au but



qui était d'éviter les concentrations, les concentrations étant jugées comme attentatoires à l'objectif constitutionnel de préservation du caractère pluraliste des moyens d'expression socioculturels. On voit bien ici que le Conseil constitutionnel rentre dans une logique un peu compliquée ; d'abord, il rentre dans la logique bilan/coûts/avantages, ensuite il considère qu'il y a une forme de prospective constitutionnelle. Au nom de cette prospective, il va pouvoir aller chercher, poser des objectifs à atteindre. Il n'a pas fait comme dans les années 1980 ; il a développé ultérieurement d'autres objectifs à valeur constitutionnelle, notamment le droit de toute personne à avoir un logement décent, le principe de lutte contre la fraude fiscale, et l'idée était de dire que le Conseil constitutionnel se reconnaissait la possibilité d'intégrer ces objectifs dans sa jurisprudence en tant que normes de référence.

Le Conseil constitutionnel ne le fait pas de manière totalement abrupte, totalement prétorienne. Il va dire que cet objectif découle de la Constitution ; il peut découler par exemple de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, comme de l'article 10 du préambule de 1946, ou du principe de valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité humaine. Il essaie de corréler cet objectif à un texte. Il n'y a donc pas une absence de texte, il y a une forme de déduction du sens futur du texte constitutionnel en disant que, puisque l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pose un certain nombre de principes, puisque le dixième alinéa du préambule de 1946 pose un certain nombre de principes, puisque le principe de la dignité humaine pose un certain nombre de principes ; déduisons de ces principes qu'ils ne s'appliquent pas exactement pour l'instant (ou exclusivement sur le moment), mais qu'il fixent un objectif à atteindre et que, au nom de cet objectif, on peut parfaitement nuancer l'application de la Constitution et des droits constitutionnels.

On voit bien quel est le raisonnement, que certains considèrent tout à fait logique et que d'autres considèrent qu'il est un peu tiré par les cheveux, qu'il est un peu excessif, car il donne au juge un rôle considérable).

Il faut noter que derrière ces objectifs à valeur constitutionnelle, il en existe un autre dont la fonction est un peu plus compliquée. C'est l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le Conseil constitutionnel dit que la Constitution pose un principe, un objectif : que la loi soit accessible et intelligible. Il le déduit d'un certain nombre de textes, notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et ce principe permet de faire un contrôle de qualité des normes juridiques, en disant que si la norme n'est pas intelligible ou si elle n'est pas accessible, le Conseil constitutionnel peut exercer une forme de censure. On comprend que le Conseil constitutionnel va utiliser ces objectifs à valeur constitutionnelle comme des principes qui lui permettent d'augmenter le champ de son contrôle. Les exigences constitutionnelles, les principes à valeur constitutionnelle, soulèvent un certain nombre de débats. Particulièrement en termes d'incohérence, on a parfois des principes qui deviennent des exigences, etc.

Au-delà de ça, la question qui se pose ici est la question du gouvernement des juges, c'est la question de la capacité de création du Conseil constitutionnel et la légitimité de cette capacité de création. Il y a plusieurs possibilités de réponses. Est-ce que le Conseil constitutionnel fait du gouvernement des juges ? Lui s'en défend, pas directement, mais il s'en défend parce qu'il tente toujours de rattacher le principe qu'il crée à un texte constitutionnel ; même si parfois ce n'est pas automatique. Il faut parfois un peu, sinon torde le texte constitutionnel, mais il faut parfois se livrer à une interprétation assez constructive pour pouvoir déboucher sur la règle que le Conseil constitutionnel prétend être une conséquence du texte constitutionnel. Évidemment, les italiens parlent de « consentance », parfois de « manipulation de la Constitution » ; ils sont peut-être un peu excessifs, mais cette utilisation de la Constitution soulève des questions : Est-ce que le Conseil constitutionnel est légitime pour aller aussi loin ? Est-ce que ses décisions restent dans le bon camp ? Souvenez-vous toujours de cette expression que j'avais déjà évoquée de Jean-Louis Debré quand il dit : « Le Conseil constitutionnel lit la loi, mais il n'a qu'une gomme, et pas un crayon pour la réécrire. » Est-ce que le Conseil constitutionnel ne va pas un peu au-delà ?

De l'autre côté, l'argument est de dire que le contrôle de constitutionnalité ne peut pas être limité, bloqué par les lacunes du texte constitutionnel. Est-ce que les insuffisances de la Constitution, est-ce que les ambiguïtés de la Constitution, est-ce que le fait que la Constitution est un texte qui est posé à une date donnée mais qui doit être réinterprété (un certain nombre de jours, de mois, d'années, se sont écoulés entre 1958 et 2020, et les textes du préambule de la Constitution datent de bien avant 1958, de 1946 pour la plupart mais certains de 1789) ; est-ce que au fond ces textes-là ne nécessitent pas obligatoirement, pour être effectifs, une réinterprétation par le juge constitutionnel ? Ce que nous appelons le « gouvernement des juges » ne serait qu'un principe de fonctionnement normal de la justice constitutionnelle et de la Constitution. Certains disent que le bilan du conseil Constitutionnel en termes de protection des libertés est impressionnant, très important, et justifie cette extension du champ de la constitutionnalité, parce que pour que le juge agisse, il lui faut une norme de référence. Si la norme de référence qu'on lui donne est insuffisante ou nécessite un complément ou une interprétation ; si on veut qu'il y ait un contrôle de constitutionnalité de protection des droits fondamentaux, il faut qu'il y ait cette réinterprétation. Par conséquent, autour du Conseil constitutionnel (et ce débat est augmenté par la question prioritaire de constitutionnalité) se joue véritablement une réécriture du fameux débat qui oppose indirectement Kelsen à Lambert sur le gouvernement des juges, la théorie du législateur négatif, et de l'autre côté cette idée que le juge, par essence, viole la démocratie. Le premier point est une série d'interrogations sur l'extension par le juge constitutionnel de son domaine de référence. C'est corrélatif de sa prise de fonction, sa prise de domination et sa montée en puissance.

- Le deuxième point qui va être également très important à aborder, c'est la question de ces techniques contentieuses, parce que pour appliquer la Constitution, quelle qu'elle soit et étendue qu'elle soit, il faut des techniques contentieuses. Là encore, le Conseil constitutionnel va développer un certain nombre de techniques contentieuses particulièrement importantes.

#### *(Droit constitutionnel 6)*

Donc je le disais tout à l'heure, le Conseil constitutionnel a étendu le champ de ses compétences en élevant ou en étendant le champ des normes de référence. Mais, pour qu'il puisse faire un contrôle de conventionalité, il faut aussi – et c'est le deuxième instrument qu'il va utiliser pour asseoir sa place dans le système constitutionnel français – développer des techniques contentieuses, des techniques d'apurassions<sup>3</sup> de la constitutionnalité, qui sont des techniques un peu novatrices. On sait que, intellectuellement, le champ de la constitutionnalité est balayé par deux idées : la première idée est que si la norme est conforme, elle s'applique ; la deuxième idée étant que si la norme n'est pas conforme, elle disparaît. Les liens entre ces deux postures sont d'être des points absolus et extrêmement rigides du contrôle de constitutionnalité.

Les juges constitutionnels ont introduit entre ces deux extrêmes des techniques d'apurassions de la constitutionnalité qui sont des techniques de compromis. Par exemple, de manière purement quantitative parce que toutes les juridictions l'utilisent, on peut très bien imaginer qu'une norme ne soit considérée que partiellement non conforme à la Constitution, que certaines dispositions ne s'appliquent plus, mais que certaines dispositions continuent à s'appliquer.

Le Conseil constitutionnel va être lui-aussi placé dans ce dilemme classique du fonctionnement de la justice constitutionnelle. Il va d'ailleurs apporter des réponses qui ne sont pas extraordinairement novatrices au regard du droit comparé des juridictions constitutionnelles. Certaines juridictions constitutionnelles qui sont bien plus novatrice que le Conseil constitutionnel, ce qui n'est pas nécessairement un bien, et il y a des techniques qu'utilise le Conseil

---

<sup>3</sup> Ou techniques de vérification.

constitutionnel qui se rattachent à des débats assez classiques en droit constitutionnel. Pour autant, les techniques qu'utilise le Conseil constitutionnel sont intéressantes, parce que là-encore elles mettent en place ce qu'on pourrait appeler une forme d'ambiguïté de la juridiction constitutionnelle et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cette ambiguïté est évoquée en termes un peu négatifs.

D'un côté, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une avancée vers le gouvernement des juges, que le Conseil constitutionnel se fabrique des instruments qui lui permettent de dominer encore plus le champ politique et qui lui permettent d'exercer un contrôle plus poussé, parfois plus subjectif de la constitutionnalité. Il est vrai que, dans bien des domaines et qu'à bien des égards, certaines techniques utilisées par le Conseil constitutionnel pourraient nous faire douter ou nous alerter en termes de gouvernement des juges et de dépassement de cette limite au moins théorique de la légitimité des décisions de justice.

D'un autre côté, et c'est là que la situation devient ambiguë, le Conseil constitutionnel a fait preuve, par ses innovations technologiques (innovations procédurales), d'une capacité pragmatique d'adaptation au contexte. De ce point de vue, certaines de ces audaces procédurales sont en fait des réponses de pacification à des tensions générées par le texte constitutionnel lui-même. Pour faire simple (on y reviendra bien en détail et c'est quelque chose que vous devez parfaitement avoir à l'esprit), la Constitution de 1958 est marquée par des ambiguïtés de textes volontaires. Souvenez-vous de ce qu'on a pu dire sur la rédaction de la Constitution, sur le fait que parfois les constituants de 1958 n'ayant pas tous le même projet, ils ont adopté des rédactions constitutionnelles dont ils pensaient qu'elles permettraient *a posteriori* de valider telle ou telle interprétation. Il y a donc des champs, il y a des imprécisions constitutionnelles d'autant plus dangereuses qu'elles étaient volontaires et qu'elles donnaient lieu à des interprétations politiques ; et il y a aussi parfois des contradictions au texte constitutionnel français. Ces imprécisions et ces contradictions peuvent placer la justice constitutionnelle dans des éléments et dans des postures très complexes : soit elle ne fait rien, soit elle prend le risque de trancher politiquement. Le Conseil constitutionnel a été imaginatif pour ne pas tomber dans l'une et dans l'autre de ses possibilités. Il a tenté de mettre en place au contraire un système de conciliation, d'arbitrage, de compromis constitutionnel. Ici, la technique de contrôle utilisée vient en quelque sorte atténuer les tensions et contradictions posées par le texte. Le juge répare le texte constitutionnel, car le texte constitutionnel était lui-même dysfonctionnant parce que porteur de sous-projets politiques ou porteur de tensions que le droit constitutionnel ne peut *a priori* pas connaître. Là encore, les choses sont compliquées et il faut bien se garder d'avoir une vision beaucoup trop tranchée, trop abrupte en matière de développement d'une appréciation sur les techniques du contrôle de constitutionnalité.<sup>4</sup>

Pour revenir au Conseil constitutionnel et à ses techniques de contrôle, on peut noter que le Conseil constitutionnel va apporter quatre innovations ou quatre audaces à sa manière de contrôler la constitutionnalité, quatre techniques qu'il utilise et qui représentent des audaces intellectuelles et juridiques devant être mises en évidence.

La première technique est la technique dite de la « conciliation ». Le Conseil constitutionnel utilise la conciliation entre des normes juridiques de rang équivalent pour rendre sa décision. Pourquoi utilise-t-il cette conciliation ? C'est l'archétype d'une réponse à l'imperfection juridique du texte constitutionnel (parce qu'intellectuellement, elle peut tout à fait se comprendre). Au fond, les choses sont très claires et nous renvoient encore une fois à ce fameux bloc de constitutionnalité et notamment (premier semestre) à ce préambule de 1946. On laisse de côté la déclaration de 1789, citée pourtant deux fois dans le préambule de 1946, parce que mettre dans le préambule de la Constitution : le texte de la Déclaration des droits des citoyens du 26 août 1789, le texte des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps posés en 1946, les principes fondamentaux recon-

---

<sup>4</sup> Pour comprendre ça, il faut vous reporter au cours du premier semestre, à tout ce qu'on a pu dire sur Kelsen, sur Édouard Lambert et sur la Cour suprême des États-Unis, sur la théorie du législateur négatif. Ce qu'on dit là n'est que l'expression de l'illustration de ce qu'on a vu au premier semestre.

nus par les lois de la République et auxquels plus tard vont s'ajouter les idées tirées de la Charte de l'environnement ; c'est faire une sorte de balayage historique de l'Histoire de France. C'est dire que chaque époque intellectuelle, chaque grand courant de pensées de la France telle qu'elle s'est formée depuis la Révolution française, a trouvé un aboutissement juridico-philosophique dans un texte constitutionnel (qu'on constitutionnalise). On va introduire dans le préambule toutes ces étapes, tous ces principes qui ont fabriqué l'identité politique et donc aujourd'hui constitutionnelle de la France. En 1789, lors de la Révolution française, on a bien l'idée du libéralisme – le texte du 26 août est un texte extrêmement libéral, extrêmement basé sur la théorie du droit naturel, extrêmement basé sur la l'idée de la sûreté nationale, etc. On a le texte des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, dont on disait précédemment qu'il se rattachait à la législation d'avant 1946, c'est-à-dire principalement à la discrétion de la Troisième république (c'est d'ailleurs de manière un peu menteuse ce qu'avait proposé Maurice Guérin (député MRP) quand il avait proposé la création de ces principes), donc à toute cette législation républicaine et sociale de la Troisième République. Les principes politiques, économiques et sociaux de 1946 sont des principes extrêmement marqués par le socialisme, qu'il soit marxiste ou non marxiste. Il y a des principes dans les principes politiques, économiques et sociaux qui sont des principes extrêmement interventionnistes, qui font de l'État le garant de la liberté, le garant des droits de l'homme, le garant des loisirs, etc. Souvenez-vous de cette fameuse phrase du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 où il est dit que la nation doit assistance à la femme, à l'enfant et au travailleur, c'est-à-dire aux catégories qui se considéraient comme socialement faibles, pour les protéger. On a donc un panorama des grandes doctrines politiques de la France, mais ces doctrines ne sont pas compatibles. Entre le texte 1789 et celui de 1946, il y a une, incompatibilité idéologique qui ne peut pas ne pas déboucher sur une incompatibilité juridique entre le droit de propriété (article 17 de la déclaration de 1789) – droit inviolable et sacré dont nul ne peut être privé sauf juste et préalable indemnité légalement constatée – et le principe de la nationalisation des services publics de 1946. Il y a une incompatibilité non seulement textuelle, juridique, mais qui repose sur une incompatibilité idéologique. Le paradoxe est que cette incompatibilité idéologique se trouvent dans la même Constitution, parce qu'elle se trouve dans l'Histoire de France, et que l'Histoire de France est elle-même, sinon incompatible, mais du moins complexe.

Le Conseil constitutionnel se trouve placé dans une posture très complexe quand il s'agit d'appliquer à une loi, par exemple de nationalisation, les principes de la Constitution. Qu'est-ce qu'il doit appliquer : le principe de 1946 ou le principe de 1789 ? Il existe donc parfois des normes antithétiques au sein du bloc de constitutionnalité. Que doit faire le Conseil constitutionnel ? Toutes les réponses lui ont été suggérées : les juristes généralement libéraux venaient dire que le principe de 1789 s'impose parce qu'antérieur, parce que fondateur des droits de l'homme ; les autres juristes (plus rares) socialistes venaient répondre que le principe de 1946 a une grande valeur, parce que c'est un principe actualisé (il fait partie des principes de notre temps, alors que le principe de 1789 est d'un autre temps). Chacun pouvait trouver une justification intellectuellement acceptable, sauf que politiquement elle aboutissait à dire au Conseil constitutionnel de trancher entre la droite et la gauche, entre le socialisme et le libéralisme, entre la majorité et l'opposition, sur les critères qui sont des critères de choix, des critères arbitraires. Le Conseil constitutionnel a beaucoup développé cette théorie, notamment sur une décision du 16 janvier 1982 les lois de nationalisation – la nouvelle majorité socialiste et communiste voulait nationaliser, l'opposition s'y opposait, ce qui est bien normal mais au nom de une atteinte intolérable aux libertés et aux changements de régime. Le Conseil constitutionnel a estimé que les principes constitutionnels ne devaient pas être opposés, mais devaient être consignés, et qu'il fallait regarder au cas par cas quel était le principe qui devait être appliqué du droit de propriété ou de la possibilité de nationaliser. D'ailleurs, généralement, le Conseil constitutionnel a admis l'application d'un principe en le nuancant considérablement avec l'application de l'autre principe.

En matière de nationalisation ou de privatisation, le Conseil constitutionnel a rendu des décisions avec l'idée de pouvoir appliquer les mêmes principes à des situations politiques radicalement différentes et surtout à des majorités politiques radicalement différentes. Pour cela, il a dit ici que les normes sont de même niveau et qu'il n'a pas à porter de jugement sur la légitimité de telle ou telle norme, la prééminence de telle ou telle norme. Posant le principe de l'égalité juridique, posant également de manière induite le principe de l'égalité, de légitimité idéologique, le Conseil constitutionnel vient dire simplement qu'il appliquera plutôt telle norme que telle autre au cas par cas, mais chaque fois en disant que l'autre norme (celle qu'il n'applique pas) pourrait être appliquée à un autre moment.

C'est une façon de faire assez intelligente, car ça revient à dire, par exemple que le droit à la nationalisation est possible, mais pas dans n'importe quelles conditions. On ne peut pas tout nationaliser, parce qu'on changerait de la nature de l'État. Si on nationalise, on doit appliquer jusqu'au bout les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : une juste et préalable indemnité généralement calculée de manière extrêmement généreuse pour les anciens actionnaires. De même, ces principes seront appliqués mais à l'inverse en 1986 face aux lois de privatisation.

Le Conseil constitutionnel a fait preuve d'une « fausse modestie ». Ce n'est pas péjoratif, mais il faut bien sentir le sens de l'expression « fausse modestie ». D'un côté, en apparence, le Conseil vient dire qu'il ne veut pas trancher, qu'il n'est pas légitime pour trancher et pour donner priorité à telle ou telle partie de la Constitution. On est dans cas du législateur négatif qui se borne à constater l'existence d'un texte et, de ce point de vue, on a un juge constitutionnel qui devient un législateur négatif, très négatif, très en-deçà. De l'autre côté (et c'est pour ça qu'on peut parler « fausse modestie »), le Conseil constitutionnel s'est arrogé une grande liberté d'adaptation du champ de la lecture. En disant que tout s'applique mais que ça dépend des circonstances, il reprend ce qu'il vient de donner : tout s'applique, donc il ne veut pas trancher, il donne à la Constitution la valeur qu'elle a même si elle est contradictoire ; mais malgré tout, il va décider lui-même, en l'espèce, de savoir qui privilégier et quel principe véritablement appliquer. Il y a à la fois une capacité de trancher, une capacité assez offensive d'interpréter le champ de la Constitution, mais en même temps, il y a cette idée d'une forme de neutralité ou de modestie théologico-juridique qui lui permet de ne pas trancher. En tout cas, la conciliation est ici un principe extrêmement intéressant, parce qu'il évite de tomber dans le piège dans lequel la Constitution devait l'amener à tomber de manière involontaire. En effet, quand on fait une Constitution aussi idéologique que ce qu'est le préambule de 1946, à la fois dans ce qu'on y dit et dans la contradiction des textes soumis à celui-ci, on prend le risque de placer le juge constitutionnel dans l'obligation d'interpréter politiquement un texte politique, ce que le Conseil constitutionnel n'a pas fait véritablement. Il a été assez habile et assez adroit pour pouvoir se sortir de cette situation qui n'était pas de son fait mais qui aurait pu le placer dans une posture difficilement tenable. Rappelons que l'année 1982 est une période d'alternance et de vives tensions politiques : c'est la période où la légitimité de la nouvelle majorité est contestée par l'opposition, c'est la période de débats extrêmement durs sur les libertés (débat sur les nationalisations, et également débats sur la carte scolaire). Le Conseil constitutionnel a véritablement ici une mission de pacification, et on ne peut que rendre hommage aux membres du Conseil constitutionnel (le doyen Vedel en particulier a été un des artisans de cette jurisprudence de pacification).

La deuxième technique innovante du Conseil constitutionnel – intellectuellement plus compliquée mais là-aussi à la fois très audacieuse et par certains côtés difficilement contestable – est la technique dite « des garanties légales des exigences constitutionnelles ». Depuis 1984 et de manière claire depuis 1986, le Conseil constitutionnel pose un principe qui vient limiter la liberté normative du parlement, non pas que le parlement violerait explicitement la Constitution, mais dans son œuvre législative, le parlement se verrait limité parce qu'il n'aurait pas le droit d'adopter une loi qui réduirait les garanties accordées à l'application d'une exigence constitutionnelle. La loi qui intervient ne peut pas réduire les garanties qui découlent d'une exigence constitutionnelle. Par exemple, si une loi précédente avait donné

des garanties pour la réalisation de l'exigence constitutionnelle, le parlement qui vient derrière ne peut pas réduire cette loi, ne peut pas réduire ces garanties. Il ne peut que les augmenter. C'est ce que le doyen Favoreu va appeler l'« effet cliquet » (ou effet de cliquet). Depuis la décision du 29 juillet 1986, le Conseil constitutionnel considère notamment que le parlement ne peut avoir qu'une action d'accentuation des garanties constitutionnelles, et non pas de réduction des garanties constitutionnelles. D'où cette idée de l'effet cliquet : un cliquet est une mécanique qui permet d'avancer sans jamais pouvoir reculer, on ne peut tourner que dans un sens. De même, la route constitutionnelle ne peut tourner que dans le sens de l'extension du domaine des garanties. De ce point de vue, le Conseil constitutionnel dit au législateur que ce que le législateur a donné, le législateur ne peut pas le reprendre. La seule chose que peut faire le législateur, c'est donner plus, c'est donner d'autres garanties. Si, par exemple, un législateur a considéré que, pour garantir un certain nombre de dispositions constitutionnelles (notamment dans le domaine des libertés), il fallait accorder tel et tel principe (ou telle et telle procédure), le législateur suivant ne pas revenir sur ces procédures. Il peut éventuellement en garantir d'autres, en donner d'autres. Il peut augmenter la possibilité d'utilisation de ces procédures, mais en aucun cas réduire la possibilité de l'utilisation de ces procédures. Le Conseil constitutionnel estime donc que, dans certaines cas et notamment dans le domaine qui touche aux droits et aux libertés (c'est vrai pour le droit à la vie privée, pour les droits de créances, les droits de 1946, les droits de la protection sociale), on n'a pas le droit de revenir en arrière. Par exemple en 2011, le Conseil constitutionnel a estimé que la loi qui touchait au fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées ne pouvait pas remettre en cause un certain nombre de garantie qui avaient été données pour protéger et reconnaître aux personnes en situation de handicap un certain nombre de droits et ensemble de possibilités d'exercice de leurs droits.

C'est donc une technique très novatrice, parce qu'elle revient à dire au législateur qu'il n'a pas le droit de faire moins que ses prédécesseurs, alors même que ce « moins » ne serait pas en violation directe de la Constitution (la Constitution n'impose pas des garanties particulières) ; il n'a pas droit de reculer, il n'a que le droit d'avancer. C'est très audacieux, mais en même temps, on voit bien que ça participe d'une construction du champ des libertés et d'une construction de la concrétisation constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel – c'est un peu la même démarche intellectuelle que pour les objectifs à valeur constitutionnelle – considère qu'il y a une forme de dynamique constitutionnelle, d'avancée constitutionnelle. Cette avancée constitutionnelle nécessite qu'on ne regarde pas uniquement la Constitution au jour où on l'applique, mais on lui confère une forme de dynamique. Ici, la dynamique consiste en toujours plus de garanties pour les libertés, jamais moins, toujours plus. Le but de la Constitution est de présenter des libertés et d'affirmer des libertés. Le but du législateur est non seulement de ne jamais les remettre en cause, mais c'est de toujours davantage les développer, de toujours plus leur accorder des garanties. C'est une vision là -encore audacieuse, mais qui va évidemment dans le sens des libertés, dans le sens de la Constitution et de la constitutionnalisation, au sens normatif du terme, des libertés et de l'inscription d'une sorte de constitutionnalité dynamique, de droit vivant qui participe à la création permanente de la Constitution.

La troisième technique mise en place par le juge constitutionnel est complexe. Elle consiste à dire que le Conseil constitutionnel se trouve face à un texte dont il estime qu'il n'est pas conforme à la Constitution, mais pour toute une série de raisons, le Conseil constitutionnel considère qu'il ne tient pas à censurer le texte, soit parce que c'est un texte important, soit parce que l'inconstitutionnalité que le Conseil constitutionnel pointe serait plutôt une inconstitutionnalité potentielle qui pourraient venir plus tard dans l'application du texte. Il ne faut pas oublier que, la plupart du temps, le Conseil constitutionnel, du moins jusqu'à 2008, statue *a priori*, c'est-à-dire avant que la loi ne soit appliquée dans la Constitution. Dans ce cas, quand le Conseil constitutionnel pourrait déclarer une loi inconstitutionnelle, mais n'a pas nécessairement besoin ou envie de le faire, il va utiliser la technique des réserves d'interprétation. Cela renvoie au concept d'interprétation, fameuse technique américaine qui

consiste à faire « cracher le venin de la loi » (image d'un serpent à qui on fait cracher son venin pour le rendre inoffensif).

Cette technique des réserves d'interprétation consiste à dire que la loi est conforme à condition d'être appliquée dans les strictes réserves d'interprétation posées par le juge constitutionnel, c'est-à-dire que pour que la loi s'applique de façon conforme à la Constitution, il faut qu'elle soit interprétée dans le sens que le juge constitutionnel indique. En quelque sorte, le juge constitutionnel donne une espèce de mode d'emploi de la loi. La loi n'est conforme qu'interprétée de telle manière. Dans la décision du juge constitutionnel, on a l'interprétation. Le juge constitutionnel va donc donner quelle est la seule interprétation possible du texte par rapport à la constitutionnalité, sous-entendu le législateur bien sûr n'a pas voulu violer la Constitution, donc il faut simplement préciser quelle interprétation la Constitution impose.

C'est une technique que le Conseil constitutionnel va utiliser très tôt dès 1959 et dans une décision symbolique, puisque c'est la décision du 24 juin 1959 sur le contrôle de constitutionnalité du règlement parlementaire. Le fameux règlement parlementaire était une des compétences de contrôle automatique du Conseil constitutionnel. C'est pour ça qu'il a été créé en partie d'ailleurs et pour éviter que le parlement reproduise des pratiques de la Quatrième république, c'est-à-dire se réattribue des compétences, peut-être par le biais du règlement, que la Constitution ne lui accordait pas. Le règlement parlementaire a été *de facto* et immédiatement contrôlé par le Conseil constitutionnel, qui a alors utilisé cette technique de la réserve d'interprétation : le règlement est conforme sous réserve d'être interprété de telle manière. Progressivement, on va s'apercevoir que le Conseil constitutionnel va utiliser de manière considérable cette technique de la réserve d'interprétation. Il le fera notamment lors de la fameuse période charnière des alternances, là où c'est politiquement tendu. Il évite de rentrer en conflit avec la double majorité en déclarant le texte inconstitutionnel, mais il enferme malgré tout la nouvelle majorité dans une interprétation stricte qui donne en partie raison à l'opposition.

Le Conseil constitutionnel va progressivement développer cette technique en inscrivant dans le texte de la décision, des observations sur l'interprétation du texte de la loi. Il va aller de plus en plus loin, puisque désormais il introduit expressément dans le dispositif de la décision, la référence aux réserves d'interprétation. Le Conseil constitutionnel va utiliser énormément les réserves d'interprétation. Cela se comprend notamment en raison du caractère préventif du contrôle de constitutionnalité : il pose à l'avance des règles limites parce que la loi va s'appliquer après le contrôle. Mais il faut noter également que le Conseil constitutionnel, avec la création de la question prioritaire de constitutionnalité, n'a pas cessé d'utiliser les réserves d'interprétation. Il les utilise également dans le cadre du contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire que bien que la loi soit déjà appliquée, le Conseil constitutionnel vient rappeler qu'il peut exister des strictes réserves d'interprétation sur la base du contrôle *a posteriori*. Ça a notamment été le cas dans une décision rendue le 17 décembre 2010 à propos de la mise à disposition de la justice.

Donc la question des réserves d'interprétation est une question utilisée par le Conseil constitutionnel. Là-encore, ça renvoie au débat de l'interprétation, à la capacité interprétative du juge constitutionnel et à la fameuse interprétation telle que Kelsen la posait. Est-ce que l'interprétation est un acte de connaissance ou est-ce un acte de création ? Quand on interprète un texte alors même qu'on est dans une phase *a priori*, dans une prospective, est-ce qu'on est toujours dans la bonne délimitation du législateur négatif ? Ce n'est pas certain, mais en même temps, on a cette dimension diplomatique. Le juge constitutionnel ne déclare pas le texte inconstitutionnel, donc il ne rentre pas en conflit direct avec la majorité qui a fait voter le texte. Il préfère baliser l'application du texte plutôt que de l'interdire *a priori*. Technique encore audacieuse, technique là-encore qui permet au Conseil constitutionnel de prendre une forme d'ascendant, en particulier sur le système, de s'adapter au fonctionnement normal d'un système, parce que le conséquentiel est que parfois, c'est très difficile de bloquer une loi politiquement et même effectivement, parce qu'on a besoin de l'avant.

C'est d'ailleurs sur cette base que va arriver la quatrième technique, assez dérivée de celle qu'on vient de décrire. Cette technique consiste pour le Conseil constitutionnel à dire qu'il considère que la loi n'est pas conforme à la Constitution, qu'il considère donc que la loi doit cesser de s'appliquer, mais il donne aux législateurs un délai durant lequel la loi inconstitutionnelle va continuer à s'appliquer. À l'extinction de ce délai, la loi cesse de s'appliquer et il va demander aux législateurs de prendre une nouvelle loi permettant de faire la continuité en quelque sorte, d'anticiper les effets de la disparition de la loi.

Cette technique a été utilisée en 1997 à propos de la loi de finances. C'est une décision qui a été rendue le 30 décembre 1997 dans les décisions sur les lois de finances. Le Conseil constitutionnel a décidé que certaines dispositions du budget n'étaient pas conformes à la Constitution, mais qu'il était difficile de bloquer le projet de budget. On laissait passer, avec la nécessité pour une prochaine loi de finances de modifier.

Cette technique de décision est assez surprenante, parce qu'elle revient à dire que c'est non conforme, mais quand même ça va encore continuer à s'appliquer. Elle a été reprise en matière de droits et libertés, dans une décision QPC rendue après 2010, notamment en matière de garde à vue, quand le juge constitutionnel a considéré qu'en France, le système de la garde à vue était globalement non conforme à la Constitution et s'opposait à un certain nombre de principes de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel avait estimé que l'absence d'avocats, notamment en garde-à-vue, rendait la loi inconstitutionnelle, mais il donnait au parlement et au gouvernement la possibilité de faire adopter un texte dans un délai d'un an après la décision. Le gouvernement avait d'ailleurs anticipé et le texte avait été voté avant le délai.

Les techniques utilisées par le Conseil constitutionnel sont des techniques de dialogue avec le législateur. Il contrôle, il déclare inconstitutionnel, mais il entre malgré tout dans une espèce de processus constructif et de collaboration avec le législateur pour empêcher le vide juridique, pour empêcher que tout s'effondre, parce qu'en matière notamment de garde à vue, imaginez l'impact qu'aurait pu avoir l'annulation, la déclaration d'inconstitutionnalité, la cessation de production d'écrits juridiques de la loi du code de procédure pénale en matière de garde à vue. Un certain nombre d'affaires devaient être immédiatement totalement arrêtées. Le Conseil constitutionnel a donc voulu mettre en place

C'est du pragmatisme, mais ce pragmatisme est presque là-aussi une espèce de « fausse modestie ». Le Conseil constitutionnel est pragmatique, il ne rentre pas en conflit, mais il s'arroge quand même des droits qui vont extrêmement loin. Il s'arroge le droit de non seulement dire au législateur que sa loi doit être interprétée de telle manière, mais aussi le droit de lui dire que « ça continue mais sous réserve », parce qu'il va lui falloir changer son texte. Évidemment, le nouveau texte que le législateur va devoir adopter doit tenir compte fondamentalement de la décision que le Conseil constitutionnel vient de rendre.

Quelle que soit la technique, on est toujours dans le cas de cette citation du président Debré, qui est certainement un des présidents du Conseil constitutionnel les plus pédagogiques par certains côtés (capable de vulgariser le droit constitutionnel) quand il dit : « *Le juge constitutionnel est un juge qui a une gomme et non pas un crayon* », c'est-à-dire un juge qui peut faire disparaître la loi mais non la réécrire. On voit bien ici qu'avec ces techniques de contrôle de constitutionnalité, la conciliation, le développement des garanties constitutionnelles, la réserve interprétative, le délai d'application ; on est dans une technique où on est dans une intermédiaire entre le juge, la gomme et le crayon. On peut se poser plusieurs questions à la suite de ce constat :

- première question : Est-ce que le Conseil constitutionnel n'a pas été trop loin ? Est-ce qu'il n'y a pas un activisme trop important du Conseil constitutionnel ? Il n'est pas certain que ce soit le cas si on vous regarde par rapport à d'autres juridictions constitutionnelles. La seule vraie question que l'on doit se poser est : Est-ce que le Conseil constitutionnel est totalement légitime pour faire ça ? Est-ce que les lacunes dans sa composition, les lacunes dans ses garanties juridiques, etc. (même si ce sont des lacunes relatives), ne le disqualifient pas pour faire ça ? On ne fait que poser la question



sans pouvoir y répondre particulièrement, mais il est vrai que les pouvoirs qu'utilise le Conseil constitutionnel ne sont pas nécessairement exorbitants pour un juge constitutionnel, en tout cas dans la pratique, mais le Conseil constitutionnel français a un certain nombre de lacunes qui peut-être le rendent un peu moins légitime à utiliser ces techniques. Espérons que les choses vont évoluer dans l'avenir.

- la deuxième question qu'on peut se poser est : Peut-il y avoir un contrôle de constitutionnalité sans cet activisme ? (Sans cette audace juridictionnelle, sans cette redéfinition de la norme de référence, sans cette réadaptation particulière des techniques de contrôle de constitutionnalité.) Il faut aussi avoir une lecture pragmatique. Effectivement, le Conseil constitutionnel a fait ce qu'il a fait. La question n'est pas tant de savoir s'il a bien fait de le faire ; la question est de savoir s'il aurait pu faire autrement en restant un juge constitutionnel. C'est une vraie question qui soulève notamment la question, non seulement du juge constitutionnel en France, mais de la nature même du système constitutionnel français de 1958, et c'est ce qui fera l'objet des prochaines vidéos.

Merci et à bientôt

#### *(Droit constitutionnel 7)*

Bonjour et voilà donc le temps de la dernière vidéo en droit constitutionnel. Je vous avais promis un certain nombre de vidéos pour éclairer et pour compléter un peu le texte que je vous avais distribué. On a déjà vu pas mal de choses sur la Constitution normative, sur la montée en puissance du Conseil constitutionnel. On a également vu un certain nombre d'éléments sur l'apport du Conseil constitutionnel en matière de Constitution et de construction de l'État de droit en France. Le but de cette vidéo est de faire un peu ramassage l'ensemble des connaissances qu'on a déjà pu aborder.

Cette dernière vidéo en forme de bilan, d'enseignements, a pour objet d'essayer de montrer à la fois les limites et les perspectives qui s'ouvrent en matière de droit constitutionnel sur la construction de l'État de droit en France. L'idée est de dire, comme nous l'avons vu tout au long des vidéos précédentes, que le Conseil constitutionnel s'est progressivement appuyé sur une hiérarchie des normes et a progressivement considérablement étendu le rôle qui lui avait déjà été préparé ou prévu dans la Constitution de 1958. Il a notamment par l'addition de 1971, opéré ce que certains ont appelé un véritable « coup d'État de droit ». C'est un paradoxe, mais il a pris le pouvoir, et ce pouvoir a encore été conforté, rendu, donné, encouragé par toutes les révisions suivantes. Le Conseil constitutionnel a donc développé une jurisprudence, s'est imposé sur la scène juridictionnelle et sur le devant de la scène politique et constitutionnelle.

Toutefois, ce que je voudrais souligner dans cette vidéo, c'est de montrer qu'en dépit de ces progrès indéniables, incontestables et souvent considérables, la France de la Constitution de 1958 n'est pas arrivée aujourd'hui encore au stade d'un État de droit globalement et totalement consolidé. On peut dire que le Conseil constitutionnel affiche encore aujourd'hui – parce que les choses pourraient peut-être changer – une certaine forme de limite. Notamment, cette limite touche à la question du contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et des révisions de la Constitution. On sait que c'est un domaine un peu limite pour une juridiction constitutionnelle. Peut-on véritablement imaginer qu'on puisse réviser les révisions constitutionnelles, alors que le but de la révision est justement de changer la Constitution, de changer la norme de référence sur laquelle va s'appuyer le Conseil constitutionnel ?

Toutefois, il faut noter que, dans cette perspective du contrôle de constitutionnalité des lois modifiant la Constitution, le Conseil constitutionnel a fait preuve jusqu'à présent d'une certaine forme de timidité, de réserve qu'il aurait alors que la Constitution aurait peut-être pu lui permettre de s'emparer d'un peu plus de ce dossier. On peut noter deux choses.

La première chose qu'il faut noter, c'est que la Constitution de 1958 prévoit une procédure de révision relativement précisément définie à l'article 89 de la Constitution. On est dans une procédure de révision rigide. Vous connaissez désormais les différentes étapes :

- initiative de la révision (Président de la République sur proposition du Premier ministre) ;
- projet de loi ou proposition de loi déposé(e) par un des membres du parlement ;
- nécessité d'un vote en termes identiques par les deux assemblées ;
- retour sur le bureau du Président de la République qui, s'il s'agit d'une proposition de loi constitutionnelle, va immédiatement utiliser la procédure référendaire, mais s'il s'agit d'un projet de loi constitutionnelle (ce qui est évidemment le plus souvent le cas), le Président de la République a le fameux choix entre le référendum sur la base de l'article 89 ou la convocation du Congrès (Assemblée nationale + Sénat) réuni à Versailles, le texte de la révision devant alors être approuvé par une majorité qualifiée des trois-cinquièmes des parlementaires.

Cette procédure de l'article 89 est importante à double titre. D'abord, elle est importante parce que, nous l'avons déjà vu ensemble mais il est bien de le répéter dans ce bilan, elle a rendu la réalité de la révision constitutionnelle à la France. La France ne connaissait que peu de révisions constitutionnelles. En face d'un blocage constitutionnel, on avait tendance à plutôt aller sur l'adoption d'une nouvelle constitution, généralement à la suite d'une crise. La Constitution de la Cinquième République a été révisée plus de vingt fois de manière régulière, de manière importante, en appliquant prioritairement et quasiment exclusivement l'article 89 (à quelques exceptions près). Cette possibilité de révision constitutionnelle a vu l'adoption de vingt-quatre révisions constitutionnelles (à l'heure où l'on parle aujourd'hui). Ces révisions constitutionnelles appellent deux commentaires dans leur globalité. On les a déjà rencontrés, pas besoin d'y revenir.

- Premier commentaire, elles sont d'intensité variable, mais certaines ont été des révisions extrêmement importantes. On pourrait penser qu'il s'agit simplement d'un jugement de valeur, mais non ; elles sont extrêmement importantes parce qu'elles apportent une modification profonde aux institutions précédentes, et au-delà des institutions et au-delà de la modification qu'elles apportent, elles participent de la reconstruction d'un nouvel esprit de la Constitution, d'un nouvel esprit du régime. Il est bien clair que la révision constitutionnelle de 1962 qui permet l'élection du Président de la République au suffrage universel, la révision constitutionnelle de 1974 qui autorise la saisine du Conseil constitutionnel par soixante députés ou soixante sénateurs (c'est-à-dire l'opposition), la révision constitutionnelle qui dans les années 2000 permet que le Président de la République soit élu au suffrage universel pour une durée de cinq ans (le passage de sept ans à cinq ans étant évidemment très important), on pourrait citer aussi la révision de 2008 avec la création de la question prioritaire de constitutionnalité qui permet à un citoyen de saisir le Conseil constitutionnel ; sont toutes des réunions sur des révisions extraordinairement importantes quant à l'impact qu'elles vont avoir sur le régime politique. Toutes les révisions n'ont pas une telle intensité, mais il s'est néanmoins bâti un droit de la révision constitutionnelle en France. Par certains égards, on peut même se dire que ce droit de la révision constitutionnelle a permis l'adoption, non pas formellement d'une nouvelle constitution, mais comme on l'évoquait précédemment (théorie de Carl Schmitt des lois constitutionnelles et des Constitutions), on peut dire que, dans une certaine logique, la révision de certaines dispositions fondamentales d'une Constitution devrait supporter le retour au pouvoir constituant originaire et non pas au pouvoir constituant dérivé. Du point de vue leur intensité, ces révisions constitutionnelles ont parfois été extrêmement importantes et la pratique (plus de vingt) à montrer leur régularité.
- Une autre remarque que l'on peut faire sur ce bilan des révisions constitutionnelles est qu'elles ont été adoptées selon des modalités différentes et variables. De ce point de vue, quelques commentaires doivent être faits. D'abord, elles ont été pratiquement

toutes adoptées sur la base de l'article 89, sauf la révision de 1962 mais qui est certainement peut-être la plus importante. En 1962, on a dérogé à l'application de l'article 89 pour passer par l'application de l'article 11 de manière contestée et contestable ; mais cette révision a été finalement adoptée. Elle a été effectivement appliquée à partir de 1965 par l'ensemble des acteurs politiques français. Ensuite, à l'intérieur de l'article 89, toutes les révisions ont été adoptées sur la base de la procédure du Congrès (majorité des trois-cinquièmes). Une révision a été adoptée sur la base de l'article 89, mais sur la base du référendum : c'est le quinquennat qui a été lui-aussi une réforme très importante. Globalement, il y a donc plutôt eu des révisions parlementaires, mais quand même deux révisions référendaires, et une révision qui soulève question. C'est la révision de la procédure d'élection du Président de la République en 1962.

Quel bilan juridique peut-on faire par rapport à cette pratique de la révision constitutionnelle ? Quelles conséquences peut-on tirer de cette pratique de la révision constitutionnelle, à la fois sur l'autorité du Conseil constitutionnel et globalement sur la construction de l'État de droit ?

La première chose que l'on doit faire, quand on doit tirer des conséquences, c'est de noter que certaines révisions n'ont pas été adoptées sur la base de l'article 89. Il y a deux exemples. Le premier exemple date du 4 juin 1960, où a été adoptée une révision de l'article 85 de la Constitution. Cette révision a été adoptée à titre dérogatoire s'agissant des accords des communautés. C'est une procédure qui n'a été utilisée qu'une seule fois ; ce n'est pas très important, mais il s'agissait néanmoins de sortir de l'article 89 (de ne pas l'appliquer), ce qui a été fait. Cependant, la procédure la plus dérogatoire est celle de 1962, puisque le Président de la République a refusé d'appliquer l'article 89 pour réformer le mode d'élection du Président de la République au suffrage universel. Il l'a fait dans le cadre d'un affrontement avec le parlement, puisque à cette époque-là, le parlement a renversé le gouvernement et l'exécutif (le Président de la République) a prononcé la dissolution du parlement. Il l'a fait en opposition frontale et radicale avec toute la doctrine juridique française. Seulement un professeur de droit constitutionnel ou deux avaient milité – on pense au professeur Pierre Lampué – qu'il y avait peut-être un léger fondement de constitutionnalité à cette pratique, mais ils étaient ultra-minoritaires. Le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel qui est consulté pour avis en matière de procédure de référendum, avaient émis des avis défavorables et avaient fait savoir que les avis étaient défavorables. Il n'empêche que le Président de la République avait imposé ce référendum et avait gagné ce référendum. C'est justement là que les lacunes de l'État de droit sont apparues, parce que le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi adoptée par référendum et a décidé qu'il ne soumettait pas ou qu'il n'exerçait pas le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires. Il a considéré que ces lois référendaires étaient l'expression directe de la souveraineté nationale du peuple et donc ne pouvaient pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, tout en reconnaissant dans son avis préparatoire que le référendum était inconstitutionnel, n'a pas voulu affronter le Président de la République, ni le suffrage universel qui venait de se prononcer au terme d'un débat extraordinairement contradictoire. Il a considéré que les lois référendaires pouvaient être des lois qui ne faisaient pas l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

Cette jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est doublée d'une autre attitude du Conseil constitutionnel qui a toujours refusé de contrôler la procédure de révision de la Constitution. Il s'est toujours opposé au fait qu'une loi constitutionnelle puisse faire l'objet du contrôle de constitutionnalité.

Or, cette attitude du Conseil constitutionnel est relativement contestable, parce que le Conseil constitutionnel aurait très bien pu se saisir de la loi référendaire. Après tout, d'une part, rien ne vient donner à la loi référendaire un statut d'extra-constitutionnalité (l'absence de contrôle de constitutionnalité) ; et d'autre part, l'article 89 de la Constitution fixe des limites à la révision constitutionnelle, puisqu'il vient dire qu'il ne peut pas y avoir de révision constitutionnelle si la partie du territoire nationale est envahie et il ne peut pas y avoir de

révision constitutionnelle portant sur la forme républicaine du gouvernement. Ce sont des dispositions relativement imprécises, ne serait-ce que sur la question de la forme républicaine du gouvernement ; mais la double attitude du Conseil constitutionnel consistant à dire qu'il ne veut pas contrôler la loi référendaire et qu'il ne veut pas contrôler les dispositions de l'article 89 (ne pas s'immiscer dans le contrôle des lois constitutionnelles) – ce qui n'aurait pas été plus audacieux que la décision de 1971 du Conseil constitutionnel – montre bien que la France reste encore marquée très fortement par une culture constitutionnelle dans lequel le droit peut céder la place à la souveraineté. Le droit représente ici les dispositions normatives et l'application stricte de la Constitution, y compris d'un article de la Constitution qui fixe des limites au pouvoir constituant. Le Conseil constitutionnel a du mal à faire appliquer cet article 89 jusqu'au bout et à s'opposer à des décisions qui sont adoptées soit par une majorité qualifiée, soit par référendum.

Cela montre bien qu'on est encore en France à la confluence de deux influences sur le droit constitutionnel. D'un côté, d'une tradition souverainiste républicaine démocratique qui fait que la loi adoptée par le peuple est très difficilement contestable et qu'il a fallu déjà une révolution intellectuelle pour admettre que la loi puisse faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, mais la loi référendaire ou la loi constitutionnelle (et à bien des égards dans l'imaginaire constitutionnel français, c'est un peu la même chose) ne fait pas l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. De ce point de vue, on est encore dans une situation dans laquelle, alors même que la Constitution rend possible ce contrôle ou pourrait rendre possible ce contrôle, le Conseil constitutionnel préfère ne pas s'emparer de cette compétence potentielle que la Constitution pourrait lui permettre d'obtenir et préfère rester en-deçà. Cette position fait que l'article 89 reste une disposition constitutionnelle un peu morte d'un point de vue normatif. Elle s'impose parce que ceux qui veulent bien l'appliquer acceptent de la respecter, mais quand ils décident de ne pas le faire – ce qui était le cas en 1962 et ce qui aurait pu être le cas également en 1969 si le référendum avait été positif –, rien ne vient empêcher une autorité, notamment le Président de la République, de ne pas appliquer l'article 89 s'il est soutenu par une majorité de citoyens.

Cette idée, cette tradition souverainiste ou rousseauiste de la prééminence de la loi quand elle est directement adoptée par le peuple, se heurte à une nouvelle pratique du système français qui consiste à donner au juge constitutionnel une importance considérable, importance de plus en plus renforcée dans la régulation des systèmes. On pourrait dire ici que l'article 89 est au fond un article extrêmement paradoxal, parce que d'un côté, il est le garant de la normativité de la Constitution. L'article qui pose la question de révision constitutionnelle rend la Constitution rigide, et on sait bien que si la Constitution n'est pas rigide, il ne peut pas y avoir de contrôle de constitutionnalité (à quoi bon contrôler le respect d'une Constitution qu'on peut changer sans difficulté). L'article 89 est donc la clé du système qui garantit à la Constitution son statut et qui garantit au Conseil constitutionnel la possibilité d'agir. Paradoxalement, cet article-verrou qui vient garantir la suprématie constitutionnelle, est lui-même frappé d'une faiblesse constitutionnelle, d'une faiblesse normative dans la mesure où rien ni personne ne vient le faire respecter. En exagérant sans doute mais pas tant que ça, c'est peut-être le seul article de la Constitution qui ne bénéficie pas de la protection du Conseil constitutionnel, alors même que le Conseil constitutionnel ne peut appuyer son action que sur l'article 89 qui établit une différence, et une différence claire, procédurale et matérielle, entre la loi et la révision de la Constitution. C'est un paradoxe du système constitutionnel français qui, pour l'instant, subsiste, mais à deux réserves. Ces réserves touchent à la procédure référendaire. La clé de l'intervention du Conseil constitutionnel est de dire qu'on ne fait pas respecter l'article 89, parce qu'on peut utiliser une autre procédure que celle prévue par l'article 89 – on a déjà utilisé l'article 11 – et que jusqu'à présent le Conseil constitutionnel a toujours considéré que le référendum (expression directe de la souveraineté nationale) ne pouvait pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité dans une situation à tout le moins extrêmement paradoxale.

Cette réalité d'aujourd'hui ne sera peut-être pas la réalité de demain. Pourquoi ? Tout d'abord, parce que l'article 11 a évolué. Il y a eu une révision de l'article 11 autour de la grande révision de juillet 2008, qui tente d'établir toutes les difficultés de la mise en place du référendum sur la privatisation des aéroports de Paris, mais qui tente d'établir une procédure de référendum d'initiative partagée, c'est-à-dire qu'une partie du corps électoral avec le soutien d'une partie des parlementaires, peut permettre de déclencher un référendum, y compris contre l'avis (en tout cas au moins juridiquement) du Président de la République. Cette deuxième procédure référendaire qui est venue s'agréger à la première procédure héritée de 1958, fait l'objet de contrôles de constitutionnalité, car il est prévu dans les dispositions constitutionnelles et dans la loi organique que la proposition de loi d'initiative référendaire doit être contrôlée par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel doit vérifier, d'une part, si la loi est bien présentée par un cinquième des parlementaires, et d'autre part que le contenu de la loi ne porte pas atteinte à la Constitution et notamment que le contenu de la proposition de loi référendaire qui est enclenchée ne porte pas atteinte aux limites posées à cette procédure par l'article 11 de la Constitution (limites procédurales mais aussi limites substantielles). En effet, si on lit bien le nouvel article 11, cette procédure ne permet pas de porter atteinte à un certain nombre de dispositions constitutionnelles. Il faut se rapporter à la lecture de l'article 11. Ici, le Conseil constitutionnel est à moitié compétent ; il ne s'estime pas compétent pour contrôler la loi référendaire telle qu'adoptée par le peuple français sur la base de l'article 11 (procédure héritée de la décision de 1962 du Conseil constitutionnel), mais en revanche il est compétent pour statuer sur l'autre partie du référendum (il est donc à moitié compétent). Il peut le faire parce que, dans un premier cas, on lui soumet la réponse au référendum, alors que dans le deuxième cas, on va lui soumettre la question (le référendum n'a pas encore été validé par le peuple français). Même si juridiquement les choses ne sont pas aussi radicales, il est bien clair que la disposition constitutionnelle contrôlée sur la base du nouvel article 11 n'aura pas la légitimité démocratique, la vertu démocratique, la puissance démocratique que celle devant laquelle le Conseil constitutionnel a dû reculer sur la loi effectivement adoptée le référendum.

La première évolution potentielle est donc qu'une partie de l'article 11 va pouvoir faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité de la question qui est posée, et c'est bien là l'avenir du référendum.

La deuxième possibilité d'évolution : Est-ce que le Conseil constitutionnel aujourd'hui pourrait laisser passer un référendum inconstitutionnel sur la base de l'article 11 ? Est-ce qu'il y accepterait de modifier sa jurisprudence antérieure ? Est-ce qu'il accepterait de revenir sur la décision du 6 novembre 1962 ? Ce n'est pas certain. En revanche il semble qu'il y ait une autre possibilité pour que le Conseil constitutionnel puisse s'opposer préventivement à un référendum organisé sur la base de l'article 11 de la Constitution, qui serait un peu dans le modèle de celui de 1962. Le Conseil constitutionnel pourrait le bloquer. Pourquoi ? On a vu précédemment que le Conseil constitutionnel rendait un avis sur l'organisation du référendum. L'avis de 1962 avait été négatif ; mais on sait également que le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler le contentieux de l'organisation des référendums. Depuis 2000, dans une décision *Hauchemaille*, le Conseil constitutionnel a estimé que tous les citoyens peuvent contester directement devant lui le décret qui invite les électeurs à se prononcer par référendum, donc le référendum n'est pas organisé. Le gouvernement va adopter un décret d'organisation du référendum, ce décret peut être soumis au contrôle du Conseil constitutionnel par l'intermédiaire d'une saisine individuelle. On pourrait imaginer – cette idée a été avancée par un de nos collègues de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Denys de Béchillon – l'idée suivante : le Conseil constitutionnel pourrait parfaitement être saisi par un citoyen de l'inconstitutionnalité du décret organisant le référendum, parce que violant indirectement l'article 89 de la Constitution. Il pourrait très bien, notamment sur la base de son avis préalable, non pas sanctionner la loi référendaire (elle n'est pas encore adoptée), mais sanctionner le décret qui organise le référendum. On pourrait donc imaginer que dans l'avenir, le Conseil constitutionnel puisse être un garant du non-détournement de l'article 11.

Le détournement de l'article 11 c'est évident pour peu que l'article 11 puisse s'appliquer dans le cadre de la procédure du référendum d'initiative partagée, et même par translation par rapport à la jurisprudence *Hauchemaille*, le Conseil constitutionnel, par le biais du contrôle du décret de convocation, pourrait lui-aussi venir bloquer un référendum qui s'avérerait manifestement inconstitutionnel. Peut-être que par la voie de l'article 11, ce statut d'extra-constitutionnalité des lois référendaires pourrait être levé dans un futur assez proche. D'ailleurs, on pourrait même imaginer que cette limite potentielle née de la jurisprudence *Hauchemaille* pourrait conduire les gouvernements (et le Président de la République) à être extrêmement réticents sur le fait d'utiliser un référendum inconstitutionnel.

Resterait évidemment l'application de l'article 89. Est-ce que le Conseil constitutionnel va un jour s'emparer de la possibilité, si ça existe, de sanctionner une révision constitutionnelle qui porterait atteinte à la forme républicaine du gouvernement ? C'est à la fois un débat extrêmement théorique, parce que ça supposerait d'abord que la question se pose, qu'il y ait une révision constitutionnelle. Cela supposerait une première audace du Conseil constitutionnel qui accepte de contrôler la loi de révision et que le texte de révision soulève quelques difficultés, que ce soit au regard de la disposition : « on ne peut pas toucher à la forme républicaine du gouvernement ». On imagine mal un gouvernement remettant en cause la forme républicaine du gouvernement, sauf peut-être à savoir ce que veut dire « la forme républicaine du gouvernement ». Si c'est le rétablissement de la monarchie, si ça doit se faire un jour en France, ça ne se fera pas par l'objet d'une révision constitutionnelle. En revanche, pour certains auteurs, la forme républicaine du gouvernement va bien au-delà de l'existence ou la non-existence d'un monarque ou d'un président de la république, mais va sur la question de l'application de la devise républicaine « Liberté, égalité, fraternité », va également sur l'application du préambule de la Constitution, voire même pour certains auteurs, la république, ce sont aussi les services publics. Là par contre, on pourrait très bien imaginer qu'une révision constitutionnelle puisse porter atteinte directement ou indirectement à tel service public ou à telle grande liberté. Si une révision constitutionnelle aurait pour vocation de supprimer une partie du préambule de 1946, est-ce qu'on pourrait la considérer comme attentatoire à la forme républicaine du gouvernement au regard de la tradition républicaine française ? Je n'ai pas la réponse, mais peut-être la question se poserait. Pour l'instant, on est dans des supputations ; c'est une discussion extrêmement théorique. Est-ce que le Conseil constitutionnel accepterait de s'emparer de cette question pour statuer sur cette affaire ? Ça serait évidemment une révolution que le Conseil constitutionnel pourrait parfaitement faire ; il en a fait d'autres. Mais la question de savoir s'il va le faire ou pas sort du champ du droit constitutionnel.

Ce débat théorique serait surtout un débat symbolique, et c'est là-dessus que je voudrais conclure cette vidéo et cette série de vidéos-débats symboliques. Pourquoi ? Parce qu'au fond, si aujourd'hui en France, établir un juge constitutionnel, cela supposerait peut-être que le Conseil constitutionnel soit profondément changé dans sa structure, dans ses moyens, car il reste une institution qui dispose d'assez peu de moyens matériels pour exercer son mandat. Il reste une institution qui, bien qu'ayant fait énormément de pas vers une forme de juridictionnalisation, reste encore relativement éloignée des standards que peuvent être la Cour constitutionnelle allemande ou le Tribunal constitutionnel espagnol. Si le Conseil constitutionnel s'emparait du contrôle de constitutionnalité des lois référendaires, non pas de l'adoption d'une nouvelle Constitution (il ne serait évidemment en rien compétent pour le faire), mais des lois référendaires, ça pourrait être le dernier étage la construction de l'État de droit en France. Le fait que le l'État de droit et le contrôle de constitutionnalité vont poursuivre l'activité normative jusqu'à ses derniers retranchements, en disant qu'il n'y a qu'une forme d'activité normative qui soit insusceptible de tout contrôle de constitutionnalité, qui soit parfaitement souveraine : c'est l'exercice du pouvoir constituant originaire qui lui ne souffre *a priori* d'aucune limitation. On aurait une mutation constitutionnelle fondamentale, une mutation radicale du système constitutionnel français, qui serait passé d'un système sans contrôle de constitutionnalité (jusqu'en 1971) à un système avec plein de contrôles de consti-

tutionnalité et avec cette idée que désormais la juridiction constitutionnelle contrôle toutes les normes intellectuellement et théoriquement contrôlables dans un État de droit.

Cela soulèverait quand même deux problèmes, deux difficultés sur lesquelles je voudrais conclure. La première difficulté, c'est qu'on peut se dire parfois que la révision constitutionnelle est à mi-chemin entre le droit et la politique. Elle est à mi-chemin entre la théorie et la pratique, l'idéal et la réalité ; et que parfois cela ne sert à rien de venir dire qu'une loi est inconstitutionnelle, parce que ceux qui l'ont adoptée le savent très bien. Seule une révision constitutionnelle contrôlée pourrait violer la Constitution, mais ceux qui l'adoptent le savent très bien, et ils veulent le faire. À un moment donné, des révisions, même inconstitutionnelles (l'adoption de textes même inconstitutionnels), peuvent être excellent moyen pour débloquer des crises. Est-ce que le contrôle de constitutionnalité doit s'immiscer à tous les niveaux de l'activité normative et doit se constituer comme une espèce de blocage à toute violation du texte constitutionnel ? On peut avoir différentes opinions, différentes approches, mais il y a des situations dans lesquelles le droit constitutionnel doit céder la place. On a évoqué rapidement au premier semestre la question de l'indépendance catalane ; on aurait pu évoquer la question de l'indépendance écossaise. Est-ce que le juge constitutionnel qui formellement est compétent pour contrôler ces décisions, est tout à fait légitime à le faire ? On ne sait pas ; juridiquement oui, politiquement ça reste difficile. De plus, est-ce la meilleure solution ? Quel est le sens de venir dire aux catalans « Attention, vous avez violé la Constitution espagnole en déclarant l'indépendance » ? Ma foi, ils le savent bien et c'est même pour ça qu'ils ont déclaré l'indépendance en violation de la Constitution. En d'autres termes, la Constitution peut interdire la révolution ; elle doit établir sur nombre de choses ; le juge constitutionnel peut vouloir l'interdire en appliquant de manière stricte ces dispositions constitutionnelles. À un moment, le juge ne peut pas empêcher la pluie de tomber et le vent de souffler. Il y a donc ce rapport à la réalité qui doit guider aussi nos réflexions. Souvent les juristes ont tendance à considérer qu'il y a une sorte de sens de l'histoire juridique qui fait qu'on doit aller vers toujours plus de contrôle de constitutionnalité, plus d'encadrement par le juge et par le droit, de la vie politique ; que ça va dans le sens de l'histoire, dans le sens de la civilisation. C'est souvent vrai, c'est presque toujours vrai, mais dans certaines circonstances, ça n'apporte rien, ça ne protège de rien. Au contraire, ça vide le droit constitutionnel d'une partie fondamentale de sa substance.

Le droit constitutionnel est un droit, c'est un système normatif, c'est un système garanti par le juge, mais c'est aussi un droit particulier parce qu'il est l'expression de la souveraineté, de la politique, de l'idéologie, de la construction d'une société future et que le droit ne peut pas tout régler. Notamment, le droit ne peut pas réguler une imagination, ne peut réguler le futur, ne peut pas réguler le progrès. C'est très bien de vouloir empêcher un certain nombre de déviations, c'est très bien de vouloir dire que le juge doit sanctionner et que certains textes ne peuvent pas être violés, mais la limite à la normativité constitutionnelle – au-delà de la grogne de Kelsen, au-delà de cette norme hypothético-déductive placée au-dessus de la pyramide des normes –, c'est aussi parfois la réalité, le bon sens. C'est la possibilité de changer, c'est la possibilité de permettre à la politique de parfois reprendre le droit. Si le doyen Favoreu avait très justement insisté dans les années 1980-90 en disant que « la politique est saisie désormais par le droit » et l'alternance est organisée par le droit et que les changements de majorité sont organisés par le droit (il avait amplement et parfaitement raison de souligner cette évolution), il reste quand même des domaines dans lesquels le droit est saisi par la politique. Ces domaines sont non seulement irréductibles, mais ils sont relativement nécessaires. Il ne faut pas qu'il y en ait beaucoup, mais ça permet aussi à des espaces démocratiques de se mettre en place ; ça permet aussi à la démocratie de s'appliquer, de s'exprimer.

La dernière chose que l'on pourrait dire, c'est une phrase que les Américains utilisent beaucoup. Ils disent que : « Le droit des morts ne doit pas bloquer le droit des vivants. » Ainsi, le droit existant doit réguler, doit structurer, mais ne doit pas nécessairement bloquer définitivement l'évolution des sociétés, des politiques et de la demande des citoyens. Il ne faut jamais oublier que le droit est un instrument au bénéfice d'une majorité, au bénéfice d'une

cause, au bénéfice d'un pouvoir, mais le droit n'est qu'une conséquence d'une réalité sociale. Le droit ne peut pas nécessairement vouloir bloquer toujours cette réalité sociale qui l'a engendré.

Je vous remercie infiniment de votre attention. C'est peut-être la dernière fois qu'on se parle de droit constitutionnel. On va essayer d'organiser une séance en visuel et en présentiel si le confinement était levé. Je voudrais juste vous dire, si ce n'était pas le cas, si on ne se voyait pas directement, combien moi j'ai apprécié de faire ce cours cette année avec vous, combien c'était un cours un peu particulier, un peu compliqué, combien vous avez été une année à bien des égards surprenante. Surprenante, parce que vous avez généralement tous bien compris les sujets qu'on vous a donnés, mais que globalement vous les avez tous traités de manière extrêmement légère. Vous n'êtes pas habitué à cette situation-là. On avait souvent en première année des étudiants méritants, travailleurs, mais qui ne comprenaient pas nécessairement toujours les sujets. Ce n'est pas le cas cette année. Ce n'est pas mieux, ce n'est pas moyen, mais c'est une innovation. Vous avez été des étudiants extrêmement patients. Sur les changements de créneaux horaires, nous avons fait du droit constitutionnel à la place de la science politique. Nous avons tous été ensemble touchés par cette épidémie, par ce drame, par ce confinement et cette fermeture des universités. Je vous assure que, malgré tout ça, ça a été une bonne première année, un bon cours pour moi de première année. Je suis certain que nous allons arriver à trouver une solution pour que les examens se passent de la meilleure manière qui soit, et que si vous travaillez bien, vous pouvez bénéficier des fruits de votre travail qui après tout est la seule chose, la meilleure chose, que je puisse vous souhaiter. Merci beaucoup. Bonsoir.