

**Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française**

LA FORMATION DU CONSTITUTIONNALISME FRANÇAIS: 1958-1992

*Conférence donnée au Conseil constitutionnel le 19 octobre 2018 par
Élisabeth Zoller, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Chers amis de la culture juridique française,
Mesdames, messieurs,

Depuis le 31 juillet 2018, date du lancement du nouveau site du Conseil constitutionnel, les sources documentaires dont nous disposons sur la Haute Institution qui nous accueille ce soir avec une générosité dont nous la remercions vivement, se sont considérablement enrichies. A la faveur de l'ouverture de ses archives dont le délai de communicabilité au public a été ramené de 60 à 25 ans, ce sont des milliers de pages, trente-quatre ans de comptes rendus de délibérations de 1958 à 1992, qui sont aujourd'hui accessibles. Ce trésor ouvert à tous est une étape majeure dans l'histoire de notre droit constitutionnel. Grâce à lui, il est permis de jeter un regard renouvelé sur le Conseil constitutionnel, de contextualiser sa jurisprudence et de restituer le sens de notre Constitution.

Le premier enseignement qu'il est permis d'en tirer est qu'il existe bien un constitutionnalisme français, une manière propre à la culture juridique

française de protéger l'homme contre l'abus de pouvoir, qui se distingue des modèles étrangers, européens ou américain.

Pour le comprendre, il faut partir du fait que le constitutionnalisme est un phénomène récent en France. Il nous a fallu près de deux siècles pour le découvrir. Il a pris corps en 1958 lorsque la France s'est ralliée à cette doctrine constitutionnelle pour en finir avec le régime d'assemblée, source d'instabilité gouvernementale chronique avec des gouvernements qui, sous la IV^e République, changeaient pratiquement tous les six mois. Pour donner au pays un gouvernement moderne, efficace et efficient, la Constitution de 1958 a rompu avec la tradition de nos constitutions qui se bornaient à distribuer le pouvoir entre différents organes sans la moindre conséquence si les règles qu'elles définissaient venaient à être violées. La Constitution dont nous célébrons le soixantième anniversaire est une constitution normative, c'est-à-dire, un texte qui pose des normes juridiques, autrement dit, de véritables règles de droit, dont la violation n'est plus sans conséquence, mais sanctionnée par un organe, le Conseil constitutionnel.

A la différence du constitutionnalisme judiciaire propre aux systèmes de *common law* comme aux systèmes européens, le constitutionnalisme français est centré à l'origine sur la loi plus que sur les droits de l'individu, pour la simple raison que toutes les missions que le

constituant confie au Conseil constitutionnel tournent toutes comme des planètes autour d'un soleil, la loi. Le constitutionnalisme français n'est pas judiciaire, mais législatif. Certes, avec l'introduction de la QPC, l'accent aujourd'hui est incontestablement mis plus sur les droits que sur la loi. En prélude au rapport d'activité du Conseil constitutionnel pour 2018, le Président Fabius relève que l'an dernier, en contrôle a priori, le Conseil a rendu 18 décisions DC alors qu'en QPC, il a jugé 69 affaires. Toutefois, il ne faut pas s'y tromper, la nature du constitutionnalisme français n'a pas changé ; nonobstant les apparences, les plaidoiries en contrôle QPC et les robes noires qui viennent parler devant les conseillers, notre constitutionnalisme reste législatif. Les conseillers jugent la loi, non des hommes. Le génome du constitutionnalisme français est de garantir les droits par la loi plus que par le juge.

Comment a-t-il pris corps entre 1958 et 1992 ? Telle est la question que je me propose d'examiner à partir des sources documentaires dont nous disposons aujourd'hui en traitant d'abord de l'institution qui l'a façonné (I) pour ensuite m'intéresser à son œuvre (II).

I – L'institution

Le Conseil constitutionnel n'a pas été créé sur le modèle d'une cour constitutionnelle. Rien n'aurait empêché qu'il le fût, même si, lors de l'élaboration de la Constitution de 1958, aux yeux du général de Gaulle,

il n'était de cour suprême que le peuple. Les trois autorités qui nomment les membres du Conseil constitutionnel, le Président de la République et les Présidents des deux assemblées, sont libres de désigner qui elles veulent. Aucune compétence particulière n'est exigée, même juridique. Elles auraient pu nommer des juges ou des professeurs de droit, comme c'est le cas en Italie et surtout en Allemagne où beaucoup de juges sont docteurs en droit et professeurs -- et elles en ont nommés -- mais les juristes de profession n'ont pas été majoritaires au sein du Conseil. Mieux, les autorités de nomination qui, du chef de leurs sensibilités politiques, auraient pu être les plus ouvertes à leur faculté de nommer exclusivement des personnes ayant une formation de juriste pour renforcer son caractère de juridiction ont rarement suivi cette voie. Enfin, si tous les membres du Conseil constitutionnel ont fait du droit dans leur carrière d'une manière ou d'une autre, nul ne doit être titulaire d'un « certificat d'aptitude aux fonctions de juge » comme en Allemagne. Il y a même eu un Président qui n'avait que le certificat d'études primaires. Le compte-rendu de ses interventions d'abord en qualité de Président, puis de simple membre du Conseil, révèle qu'il fut l'un des plus profonds.

Le Conseil constitutionnel n'est pas une cour, non seulement en raison de sa composition, mais encore parce qu'il ne tranche pas un litige particulier. Il n'est jamais saisi de ces affaires qui opposent des individus

en lutte les uns contre les autres. Il ne juge personne ni le chef de l'État ni les ministres. Même dans le contentieux électoral où il intervient comme juge (on parle d'ailleurs de lui comme du juge de l'élection), le Conseil constitutionnel ne juge pas un individu, mais une opération avec ses manœuvres, ses coups bas et ses fraudes. Il ne s'intéresse pas aux auteurs ou aux commanditaires des actes frauduleux, mais avant tout à l'opération électorale. A-t-elle été conduite dans les conditions que la démocratie exige ? Quelles que soient les fraudes alléguées, l'élection sera validée dès lors qu'il apparaît qu'« à les supposer établies, les irrégularités dénoncées (ont été) sans influence sur les résultats du scrutin, eu égard à l'écart des voix ».

Quant à la question prioritaire de constitutionnalité, dans laquelle on a voulu voir les prémices d'une transformation complète de l'institution, même dans ce cadre, le Conseil ne s'intéresse à l'individu que de façon indirecte. Simple citoyen, celui-ci ne peut pas le saisir de son affaire et arguer de la violation de ses droits. Seule, l'une des cours suprêmes (Cour de cassation, Conseil d'État) peut le faire en transmettant la question de constitutionnalité qu'il a soulevée en tant que justiciable. L'individu est ainsi quelque peu éloigné du Conseil constitutionnel. Plus encore, lorsque l'une des cours suprêmes décide de saisir le Conseil constitutionnel, son sort particulier dans l'affaire s'estompe dans la

mesure où le Conseil n'exige pas d'intérêt pour agir pour trancher la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est posée. Certes, l'avocat vient présenter la cause de son client, pour autant qu'on puisse parler de « cause » dès lors qu'il ne discute pas les faits qui l'ont fait naître, mais la loi qui est censée la régler. Il défend son client en attaquant la loi qu'on veut lui appliquer, ce qui peut être un bon moyen de défense, mais qui nécessairement ne peut se faire que de manière impersonnelle. L'impersonnalité du contrôle de la loi est d'ailleurs accentuée par le Conseil constitutionnel lui-même qui prend soin de ne se prononcer que sur un membre de phrase, toujours soigneusement isolé par lui, de la disposition législative sur laquelle porte la question et qui se réduit, le plus souvent, à quelques mots.

Le point fondamental est que la QPC, en raison de son caractère prioritaire et du délai assigné au Conseil constitutionnel, a débouché sur un contrôle abstrait a posteriori des dispositions de la loi au regard des droits et libertés garantis par la Constitution. Cela différencie l'institution de la Cour suprême des États-Unis comme des cours constitutionnelles européennes. En effet, aucune de ces juridictions ne reçoit les recours individuels hors de leurs contextes. C'est même par le recours individuel qu'elles ont acquis le prestige qui est le leur. Ainsi aux États-Unis où John Marshall a accueilli le recours de *Marbury c. Madison* au motif que

le gouvernement des États-Unis ne serait pas un État de droit si ses lois ne prévoyaient pas des voies de recours en cas de violation d'un droit acquis. Qu'y a-t-il de plus individuel qu'un droit acquis ? Et que dire de l'Allemagne où le recours individuel est aujourd'hui la voie royale de remontée des affaires devant la Cour avec 5784 recours individuels pour une quarantaine d'autres en 2017. Le Conseil constitutionnel, lui, n'a ni plaignant, ni défendeur, à tel point que, selon l'un de ses anciens secrétaires généraux, la notion de partie est insaisissable devant lui. Il y a contestation d'un acte comme dans le contentieux de l'excès de pouvoir devant le juge administratif.

Allons plus loin ! Au sein de l'institution, un conseiller constitutionnel ne travaille pas comme un magistrat de l'ordre judiciaire. Ce qui l'intéresse, c'est la loi, non le cas particulier qui est devant lui. Quant à la procédure qu'il suit dans le contrôle a priori, elle ne cadre pas avec celle en usage dans les cours constitutionnelles. Le conseiller chargé de rapporter sur la constitutionnalité de la loi votée, avant promulgation, ne se comporte pas comme un magistrat. Il fait des choses qu'un juge du siège ne fait pas, voire s'interdit de faire. Même s'il s'efforce de toujours faire en sorte que la procédure soit pleinement contradictoire et que toutes les thèses en présence puissent être entendues, le conseiller rapporteur prend connaissance d'arguments complémentaires à ceux présentés par les

saisissants officiels et il leur permet d'entrer dans le débat par la technique dite des « portes étroites ». Il dispose d'une grande latitude en la matière. Ce n'est que peu à peu que ce type d'intervention officieuse a fait l'objet d'une communication aux saisissants officiels.

De plus, dans le cadre de l'article 61, le rapporteur a des contacts avec l'extérieur. Il a, au cours d'une réunion préparatoire, demandé aux représentants du Gouvernement de répondre à certaines interrogations. Le plus grand pragmatisme domine, ainsi que l'a souligné le Doyen Vedel. La procédure suivie, dans le contrôle a priori, est de nature inquisitoriale, ce qui ne choque pas en France et paraît tout à fait normal, mais qui laisse sceptique, pour ne pas dire incrédule, dans les systèmes de *common law* dans la mesure où les contacts *ex parte* ne sont pas dans la tradition judiciaire et sont même interdits par la déontologie judiciaire.

Le Conseil constitutionnel n'est donc jamais juge d'un cas concret et, pourtant, c'est une juridiction. Comment expliquer cela ?

Par ce simple fait que l'institution travaille comme une juridiction, non comme un organe politique. Cela tient au fait qu'il décide comme une juridiction. Ses membres se font un devoir de se prononcer sans parti pris, sans préjugés, sans tenir compte de leurs préférences pour l'une ou l'autre des thèses en présence, et encore moins des préférences

politiques des autorités qui les ont nommés. Le Président Badinter, relayé par le Doyen Vedel, a insisté sur le « devoir d'ingratitude » des membres de l'institution, devoir qu'ils peuvent suivre d'autant plus facilement que la moyenne d'âge des conseillers est élevée, qu'ils n'ont plus à se soucier de leur carrière et qu'ils ne sont donc tenus ni par l'ambition, ni par la peur. Comme un juge, un conseiller s'efforce toujours d'être neutre et de se prononcer de manière impartiale. C'est l'impartialité de ses membres qui signe le caractère juridictionnel de l'institution. Cette caractéristique fut mise en lumière au cours de la délibération du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse. Le rapporteur, François Goguel, avait conclu à la conformité de la loi à la Constitution, mais il ajouta :

« [J]e tiens à dire que, si je suis convaincu que la loi qui nous a été déférée n'est pas contraire à la Constitution, et si j'incline à penser qu'il était opportun de l'adopter, elle (*sic*) ne signifie pas que, personnellement, je sois favorable à l'avortement [...] Je ne le suis pas pour des raisons qui tiennent à mes convictions religieuses [...] Mais [...] il me paraît évident que les chrétiens n'ont pas le droit de prétendre imposer un code de moralité lié à des valeurs que les autres ignorent ou méconnaissent ».

Pour expliquer le nécessaire partage entre morale de responsabilité et morale de conviction que le rapporteur s'imposait, le Conseil s'accorda sur la formule célèbre qui est restée depuis la marque de son impartialité : « L'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision *identique* à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». Elle a été précisée trente-cinq ans plus tard ainsi :

« Le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision *de même nature* que celui du Parlement (...) ».

Le changement de terminologie est particulièrement bienvenu. Il met en lumière le fait que « le pouvoir général d'appréciation et de décision » du Parlement est de nature politique, celui du Conseil constitutionnel, de nature juridique. En d'autres termes, le Parlement est libre d'apprécier les faits sur lesquels il légifère ; il peut se décider pour les raisons de son choix, politiques (plaire à son parti, à ses électeurs, au gouvernement), économiques (relancer la croissance, freiner la dépense), sociales (avantager les jeunes, aider les personnes âgées) étant ici précisé qu'il n'a d'ailleurs pas à donner ses raisons. Il a l'*imperium* et peut se prononcer *imperatoria brevitatis*. Le Conseil

constitutionnel, lui, n'a que la *juridictio* ; il ne peut décider que pour des raisons juridiques, et il doit les donner, ce qui implique, comme le déclara le Président Roger Frey au cours de cette même séance sur la loi IVG, de séparer les « réflexions d'ordre personnel » et « l'idée d'ordre général » qui doit déterminer la décision. Les premières n'ont rien à faire dans le processus de décision des membres de l'institution.

Le résultat est que les individualités doivent s'estomper. Certes, la lecture des comptes rendus des années passées montre que certaines personnalités sont plus visibles que d'autres, mais nul n'est l'auteur de telle ou telle décision. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas des œuvres assignables à un individu ; chaque décision est construite par des apports multiples, celui du rapporteur et ceux de ses collègues, tous venant d'horizons divers, et qui apportent à son projet des précisions parfois promises à un grand avenir, ainsi l'adverbe « notamment » contenu dans un visa de la décision *Liberté d'association*.

Les décisions du Conseil constitutionnel sont ainsi celles d'un collège ; tous les membres contribuent à ce que le Président Palewski appelait une « tâche commune ». Vingt ans plus tard, le Président Daniel Mayer tint les mêmes propos à son entrée en fonctions: « La chance d'une institution comme la nôtre, dit-il à ses collègues, est qu'elle nous situe

au-dessus des divisions (...) C'est ensemble, tous ensemble, que nous arrêterons nos méthodes ». Ce n'est pas ainsi que les choses se passent dans les cours constitutionnelles. Les opinions séparées qui accompagnent les verdicts en sont le témoignage.

Aux États-Unis, l'effacement des individualités de chacun et un même sens de collégialité sont hors d'atteinte. Le juge Sutherland a donné la raison en 1937 :

« Bien entendu, dans la recherche d'une juste solution, chaque juge doit tenir compte des vues de ses collègues qui ne sont pas d'accord avec lui ; mais, la question à laquelle il doit répondre n'est pas celle de savoir si ces vues semblent fondées à ceux qui les partagent, mais si elles le convainquent, lui personnellement, que la loi est constitutionnelle (...). Le serment qu'il a prêté à son entrée en fonctions n'est pas collectif, mais individuel. Quand il statue sur la constitutionnalité d'une loi, le juge remplit un devoir qui lui a été confié à titre personnel, et il ne saurait s'en acquitter en se rangeant automatiquement aux vues de ses collègues (...). S'il renonçait à sa liberté de jugement sur une question aussi importante, il commettrait un parjure ».

Le serment de fidélité à la Constitution fait de la relation du juge au texte constitutionnel une affaire personnelle. De ce chef, il ne peut pas y avoir

de séparation entre les « réflexions d'ordre personnel » et « l'idée d'ordre général » qui doit déterminer la décision. Ce n'est pas le cas en France, fort heureusement. Les conseillers constitutionnels n'ont pas avec la Constitution une relation personnelle ; ils doivent prêter serment, certes, mais uniquement de garder le secret du délibéré. Le secret du délibéré est une garantie fondamentale de la collégialité de la décision dont le but est de faire en sorte qu'elle soit, si possible, la décision du plus grand nombre éclairé, la *sanior pars* du collège, et non le fruit d'une majorité arithmétique. C'est pourquoi, il faut être prudent dans les exigences de motivation s'imposant à l'institution. Le Conseil a répondu aux critiques qui lui ont été faites et il a récemment procédé à une réforme de la motivation de ses décisions qui les simplifie et les rend plus lisibles, mais il serait irréfléchi de lui demander qu'il motive ses décisions comme une cour motive les siennes, par une opinion majoritaire flanquée d'opinions séparées. Il ne pourrait plus poursuivre l'œuvre qui a été la sienne jusqu'ici.

II – Son œuvre

Depuis 60 ans, le Conseil constitutionnel s'efforce de remplir la mission que le constituant lui a assignée, soumettre le législateur au respect de la Constitution, sans tomber dans le gouvernement des juges. Cette préoccupation se retrouve dans tous les délibérés. Elle est la cause de

son embarras initial à être qualifié de juridiction ou d'assumer des fonctions qui, en principe, relèvent de juridictions, donc de juges. Ce point fut mis en évidence par François Luchaire, le 16 juillet 1971. Ce jour-là, le Conseil constitutionnel délibéra sur la loi dite « loi Marcellin », laquelle soumettait désormais les associations à autorisation préalable. Le rapporteur François Goguel conclut à la constitutionnalité de la loi au motif que l'autorisation préalable était donnée par l'autorité judiciaire, non par l'administration. Mais, objecta Paul Coste-Floret, « l'autorisation n'en sera pas moins préalable et c'est là qu'est le véritable problème ». Georges-Léon Dubois, ex-conseiller à la Cour de cassation, approuva : « C'est un procès d'intention qui sera fait aux associations. Dans un régime libéral, on ne fait pas ce genre de procès, on juge sur les actes ». A ce moment-là, François Luchaire avertit ses collègues qu'il fallait « faire très attention » parce que le Conseil constitutionnel allait donner à penser qu'il protégeait les droits et les libertés comme un juge, donc, qu'il en était un, et qu'il ne fallait surtout pas s'engager dans cette voie. Tous les conseillers partageaient son souci. C'est alors qu'élevant le débat, le Président Palewski prit la parole et fit valoir qu'on était devant « une question où des principes fondamentaux sont en cause ». Le contrôle a priori des associations peut exister, poursuit-il, par exemple, pour les congrégations religieuses, pour les associations tendant à former des groupes armés, pour les associations étrangères,

mais il ne s'applique qu'à des catégories particulières alors qu'ici, la loi institue « un système de contrôle préalable généralisé ». Et de demander à ses pairs : « Dans une question où des principes fondamentaux sont en cause, pouvons-nous nous contenter de juger du degré d'égratignure qu'ils reçoivent ? ». Poser la question, c'était y répondre. Le Président Palewski conclut : « Il semble difficile de soutenir valablement que la liberté d'association, bien qu'elle ne soit pas spécifiée dans les Droits de l'homme pour les raisons historiques que vous savez, ne figure pas parmi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». C'est ainsi que le Conseil rendit sa décision « (au visa de) la Constitution, notamment son préambule ».

Il n'en résultait pas que le Conseil constitutionnel changeait de statut et devenait une cour constitutionnelle. En 1981, au cours du délibéré sur la loi *Sécurité et Liberté*, le Doyen Vedel a donné la raison de l'assimilation erronée, si souvent faite :

« Nous sommes plus et moins qu'une Cour constitutionnelle », « plus » parce que (nous pouvons) tenir compte « d'éléments de fait » qu'au nom de la pureté d'un jugement en droit, une cour constitutionnelle doit ignorer, et « moins » parce que, « du point de vue de l'instruction civique et du point de vue de notre rôle (...), il ne serait pas sain que nous donnions le sentiment de les avoir ignorés ».

Il en résulte que le Conseil est non une cour, mais une assemblée de Sages, ce que le Président Fabius soulignait en ces termes devant le Président de la République : « Nous sommes conscients que notre beau surnom de « Sages » ne relève pas de l'inné mais de l'acquis, et qu'il ne se maintient qu'à travers le soin constant apporté à la justesse de nos décisions ».

La patiente construction de ce statut de « Sages » – dont Daniel Mayer soulignait la spécificité en 1983 en relevant devant ses collègues : « La discrétion nous est imposée et même le silence hors de cette enceinte. La sagesse est notre étiquette. Nous sommes, dit-on, des sages » – est sans équivalent dans les démocraties occidentales. C'est une prouesse qu'il n'est pas simple d'expliquer, mais dont il est certain qu'elle n'a été possible que parce que, depuis les origines, ses membres n'ont eu de cesse de respecter l'esprit des institutions. Quel est cet esprit ? Tout simplement celui qu'au cours de la séance du 2 octobre 1962, Bernard Chenot résuma en ces termes : « que l'arbitre soit le peuple ». Cette formule lapidaire ne peut pas mieux exprimer l'intention du constituant en 1958, consolidée par la réforme de 1962 : le retour au principe fondateur du constitutionnalisme français, « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation ». L'apport du Conseil constitutionnel a consisté, dans la décision sur la Nouvelle-

Calédonie, à compléter ce principe énoncé à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 par ces mots, « dans le respect de la Constitution ». Le constitutionnalisme français est fondamentalement démocratique ; il refuse le gouvernement des juges. Le Président de la Cour constitutionnelle allemande, Andreas Voßkuhle, l'a fort bien compris en relevant au cours d'un entretien avec le Président Laurent Fabius : « Pour les Allemands, l'État de droit est ce qui compte le plus ; pour les Français, c'est la démocratie ».

Le Conseil constitutionnel a réussi à soumettre le législateur au respect de la Constitution en se plaçant sur une trajectoire moins de censeur que de conseil du législateur et il est devenu plus un organe législatif qu'un organe judiciaire. Il a pu suivre ce chemin original à cause des fonctions qui lui furent confiées dans le droit et la procédure parlementaire.

Le contrôle extrêmement poussé de la constitutionnalité externe de la loi qu'il a construit à partir d'elles peut être tenu pour sa contribution la plus originale, la plus novatrice, au constitutionnalisme moderne. Bien sûr, il ne s'agit pas de dire que le contrôle du respect par le législateur des droits et libertés est accessoire ; il est fondamental. Comme l'a dit le Président Daniel Mayer, le Conseil constitutionnel « a restitué notre droit dans la grande tradition républicaine, par une interprétation du

Préambule et de sa portée, si juste, qu'après coup, elle a paru d'une évidente nécessité ». Mais il s'agit de rapporter ce contrôle à ce que le constituant voulait faire.

En 1958, la protection des droits et libertés n'était pas le souci majeur du constituant. Les deux problèmes que posent les droits de l'homme, leur contenu et leur garantie, avaient été réglés dans la Constitution de 1946. S'agissant de leur contenu, la Déclaration de 1789 avait été complétée par des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » dans le préambule de 1946. S'agissant de leur garantie, les articles 91 à 93 de la Constitution n'investissaient le Comité constitutionnel, s'il était saisi, que d'un contrôle au regard des titres I à X de la Constitution. Les articles 26 et 28 de la Constitution avaient privilégié la voie du droit international en consacrant les théories monistes de Georges Scelle qui reçurent application dans l'élaboration conjointe avec les Anglais de la Convention européenne des droits de l'homme.

En France, le rôle dévolu au Conseil constitutionnel dans la protection des droits de l'homme se conjugue ainsi avec la mission assignée aux juridictions ordinaires en application de la loi et, si celle-ci manque à le faire, par application du principe de supériorité du droit international sur le droit interne. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé en 1975 dans la

décision sur la *loi IVG* suivie la même année de l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire *Société des Cafés Jacques Vabre*.

La QPC a incontestablement renforcé le rôle du Conseil constitutionnel dans la protection des droits et libertés. Mais, dans le même temps, elle a laissé aux juridictions suprêmes le soin de ne saisir le Conseil constitutionnel de la question posée que si elle est sérieuse, autrement dit, si les juridictions ne peuvent pas interpréter la loi conformément aux droits et libertés que la Constitution garantit. Une fois la loi promulguée, ce sont les juridictions ordinaires qui se trouvent en première ligne dans la protection des droits et libertés. Le Conseil constitutionnel exerce a posteriori un contrôle abstrait de la norme législative par référence aux droits et libertés de niveau constitutionnel. Un tel contrôle peut s'avérer au besoin très créatif ainsi que le montre la décision QPC du 6 juillet 2018, *Herrou*, qui, eu égard à la valeur constitutionnelle du principe de fraternité, écarte le caractère délictueux de l'aide au « séjour irrégulier » lorsqu'elle est apportée dans un « but humanitaire ». Il y a 60 ans, on n'en était pas encore là.

En 1958, la préoccupation du constituant était de sortir du régime d'assemblée. Pour ce faire, il eut recours à un correctif juridique, mais fort différent du contrôle de constitutionnalité des lois par un juge. S'inspirant de l'idée de « domaine législatif par nature » présente dans

les avis du Conseil d'État depuis 1807 et dans les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur des arrêts du début du XX^e siècle, le constituant limita le Parlement en lui assignant un domaine qui laisserait à l'Exécutif le sien, le tout sous le contrôle du Conseil constitutionnel, chargé de veiller au respect du partage entre la loi et le règlement. A partir de cette mission initiale, l'institution a développé une pratique du contrôle de constitutionnalité de la loi, sans équivalent dans les droits étrangers, qui n'aurait certainement pas été possible si ses membres n'avaient bénéficié de l'expérience séculaire du Conseil d'État dans le contrôle de l'excès de pouvoir administratif. Inspiré par sa jurisprudence, le contrôle du Conseil constitutionnel sur l'excès de pouvoir législatif est double, externe et interne.

La constitutionnalité externe de la loi s'entend du respect des règles constitutionnelles relatives à la procédure législative. A l'inverse des constitutionnalismes étrangers qui laissent les assemblées régler elles-mêmes leur organisation et leur fonctionnement, le constitutionnalisme français a retiré ce privilège au Parlement et placé toute la procédure législative sous le contrôle du Conseil constitutionnel. Au fil des ans, celui-ci a élaboré une jurisprudence très riche sur la procédure parlementaire équilibrant le maintien des prérogatives du Gouvernement, essentiel à la conduite efficace des affaires de l'État, et

la sauvegarde des droits du Parlement nécessaire au débat démocratique. En un demi-siècle, à partir de la révision constitutionnelle de 1974 qui a ouvert la voie du contrôle a priori à 60 députés ou 60 sénateurs, il a transformé le droit parlementaire qu'il a fait passer de l'état de droit politique à celui de droit juridictionnel. Il a commencé avec le droit d'amendement. Puis, il a tenté de réhabiliter la qualité de la loi en censurant les lois dépourvues de portée normative, en exigeant des lois compréhensibles par tous, et en imposant la clarté et la sincérité.

La constitutionnalité interne de la loi s'entend du contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel sur le respect par le Parlement des règles relatives au contenu matériel de la loi au regard notamment des droits et libertés garantis par la Constitution. Le principe est la liberté du législateur tant sur la matière choisie pour légiférer que sur le moment auquel il intervient. Les seules contraintes qui limitent sa liberté d'action doivent être « des exigences ». Parmi celles-ci figure au premier rang l'obligation, quand le législateur a décidé de légiférer, d'aller jusqu'au bout de son pouvoir législatif et d'épuiser la compétence qui lui a été confiée. De là vient le rôle joué par le vice d'incompétence négative du législateur dans le contrôle exercé par le Conseil qui n'a pas d'équivalent dans les droits constitutionnels étrangers. Chaque fois que la loi touche directement ou indirectement à des droits ou à des libertés

que la Constitution garantit, le Conseil se demandera si elle leur apporte des garanties suffisantes, ce qui le conduit à partir de la loi pour aller aux droits, et qui distingue sa démarche de celle de la plupart des cours constitutionnelles. Par exemple, il se demandera : La loi présente-t-elle des failles ? Quels sont les reproches qu'on peut adresser au législateur ? Le Parlement a-t-il épuisé toute la compétence que la Constitution lui assigne ? Ce sont là des questions qu'une cour constitutionnelle ne se pose pas. Cela ne signifie pas que leur contrôle soit inférieur, mais qu'il est différent.

En conclusion, comparé aux pays étrangers, le constitutionnalisme français se caractérise par une combinaison du contrôle des procédures qui concourent à la fabrication de la loi et du contrôle de fond des dispositions qu'elle contient. De la même manière que le *due process of law*, la « procédure régulière de droit » devant un juge, est le moyen de protéger les droits et libertés aux États-Unis, la « procédure régulière de loi » assure le même résultat dans le constitutionnalisme français qui commence par l'art de bien écrire les lois pour protéger les droits.