

HENRI CAPITANT
Revue de Droit



Law Review
HENRI CAPITANT

n° spécial | 2018

French Constitutionalism

Le constitutionnalisme français



HENRI CAPITANT Law Review
Revue de Droit HENRI CAPITANT

n° spécial
French Constitutionalism
Le constitutionnalisme français

Elisabeth Zoller

Professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Centre de droit public comparé (CDPC) – EA n° 7320

2018

Lextenso



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit.

Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite.

Lextenso

Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-Les-Moulineaux Cedex

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée pénalement par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

French Constitutionalism

Le constitutionnalisme français

Summary

Foreword	5
I. – The institution	14
<i>A. The Constitutional Council: “the regulatory body for the activities of the public authorities”</i>	15
1. Initial description	15
2. Doctrinal description	19
<i>B. The Constitutional Council: “the constitutional public authority”</i>	26
1. The Social Security Finance Act decision	26
2. The nature of the institution	30
II. – Practice	41
<i>A. The Constitutional Council’s involvement in state functions</i>	41
<i>B. Review of external constitutionality</i>	51
<i>C. Review of internal constitutionality</i>	58
III. – Spirit	66
<i>A. Methods</i>	71
1. Procedural methods	71
2. Methods of interpretation	76
<i>B. Techniques</i>	83
1. Review techniques	84
2. Techniques of persuasion	96

Sommaire

<i>Avant-propos</i>	5
<i>I. – L’institution</i>	14
A. Le Conseil constitutionnel, « organe régulateur de l’activité des pouvoirs public »	15
1. <i>La qualification initiale</i>	15
2. <i>La qualification doctrinale</i>	19
B. Le Conseil constitutionnel, « pouvoir public constitutionnel »	26
1. <i>La décision Loi de financement pour la sécurité sociale pour 2012</i>	26
2. <i>La nature de l’institution</i>	30
<i>II. – La pratique</i>	41
A. La participation du Conseil constitutionnel aux fonctions de l’État	41
B. Le contrôle de constitutionnalité externe	51
C. Le contrôle de constitutionnalité interne	58
<i>III. – L’esprit</i>	66
A. Les méthodes	71
1. <i>Les méthodes procédurales</i>	71
2. <i>Les méthodes d’interprétation</i>	76
B. Les techniques	83
1. <i>Les techniques de contrôle</i>	84
2. <i>Les techniques de persuasion</i>	96

Foreword

Founded in 2010, the Revue de droit Henri Capitant or Henri Capitant Law Review was designed as an online means of spreading the legal culture of civil law countries. Hence its bilingualism and its publication both in a digital and a paper format, all of which is made possible thanks to the support of the Civil Law Initiative (Fondation pour le droit continental) and the commitment of the publishing house Lextenso. The Law Review has already contributed to foreign readers' knowledge about a number of markers of French law and more broadly of continental law such as the unicinity of patrimony, the primacy of execution in kind, the distinction between private law and public law, the organization of legal professions or the reserved portion or the estate (also called the hereditary reserve). Since 2014 the Review has been enhanced by valuable yearbooks of French law and, from now on, it will include special issues too. These special issues illustrate the willingness of the Association Henri Capitant to open up its columns to rich monographs that will enjoy the exceptionally large diffusion offered by a translation in English as well as an entire publication online with a free access (<http://www.henricapitant.org/revue/fr> ou <http://www.henricapitant.org/revue/en>).

We are particularly pleased that this first special issue gives the opportunity to celebrate sixtieth anniversary of the Fifth Republic's Constitution. Readers will find an enlightened vision of French constitutionalism, so patiently depicted by our colleague Elisabeth Zoller through a life of teachings and research, both in France and in the United States. Defined as "a political doctrine that aims to guarantee political freedom, i.e. the freedom we enjoy in respect of

Avant-propos

Fondée en 2010, la Revue de droit Henri Capitant ou Henri Capitant Law Review a été pensée comme un vecteur de diffusion en ligne de la culture juridique des pays de tradition civiliste. D'où son bilinguisme et sa publication sous un double format numérique et papier, permise par le soutien de la Fondation pour le droit continental et l'engagement des éditions Lextenso. Déjà, elle a contribué à faire connaître certains marqueurs du droit français et, plus largement, du droit continental aux lecteurs étrangers tels que l'unicité du patrimoine, la primauté de l'exécution en nature, la distinction des droits privé ou public, l'organisation des professions juridiques ou encore la réserve héréditaire. La Revue s'est enrichie depuis 2014 de précieux panoramas du droit français et désormais de numéros spéciaux : ces derniers illustrent la volonté de l'Association Henri Capitant d'ouvrir ses colonnes à d'enrichissantes monographies, lesquelles jouiront de la diffusion exceptionnelle qu'offre une traduction en langue anglaise ainsi qu'une publication intégrale en ligne totalement gratuite (<http://www.henricapitant.org/revue/fr> ou <http://www.henricapitant.org/revue/en>).

Nous sommes tout particulièrement heureux que ce premier numéro spécial permette de célébrer dignement le soixantième anniversaire de la Constitution de la V^e République. Le lecteur y trouvera la vision éclairée du constitutionnalisme français, si patiemment dessinée par notre collègue Elisabeth Zoller au long d'une vie d'enseignement et de recherche, tant en France qu'aux États-Unis. Défini comme une « doctrine politique qui vise à garantir

political power, as opposed to civil liberty, which we enjoy in respect of our peers”, constitutionalism has, in France, a profoundly unique character according to the author, while the Constitutional Council has a distinctive nature in that it operates both as “a regulatory body for the activities of the public authorities” and as a “constitutional public authority”.

This monograph will contribute to emphasize the merits of sixty year-old Constitution although it has been regularly suggested to do away with it...

Both constitutional law and political science connoisseurs will, in any case, find in this issue food for thoughts!

Philippe DUPICHOT
Professor at the University Paris 1
Panthéon-Sorbonne,
Secrétaire général
de l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française

and Michel SÉJEAN
Professor at the Université Bretagne Sud,
Editor-in-Chief
of the *Henri Capitant Law Review*

la liberté politique, c'est-à-dire, la liberté dont on jouit vis-à-vis du pouvoir politique par opposition à la liberté civile, celle dont on jouit vis-à-vis de ses semblables », le constitutionnalisme revêt en France un caractère profondément unique selon l'auteur tandis que le Conseil constitutionnel se distingue en tant qu'il intervient tout à la fois comme « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » et « pouvoir public constitutionnel ».

Cette monographie contribuera à mettre en lumière les mérites d'une Constitution sexagénaire que d'aucuns appellent régulièrement à déposer...

L'amateur de droit constitutionnel ou de sciences politiques y nourrira en toute hypothèse sa réflexion avec gourmandise !

Philippe DUPICHOT
Professeur à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne,
Secrétaire général
de l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française

et Michel SÉJEAN
Professeur à l'Université Bretagne Sud,
Rédacteur en chef
de la *Revue de droit Henri Capitant*

French Constitutionalism

Le constitutionnalisme français

Constitutionalism is a political doctrine that aims to guarantee political freedom, i.e. the freedom we enjoy in respect of political power, as opposed to civil liberty, which we enjoy in respect of our peers. As Montesquieu demonstrated in his immortal works, political freedom is only possible if government is moderate, and for government to be moderate, power must be limited or, in his words, it is necessary that "by the arrangement of things, power checks power"¹. It is therefore important to separate the three powers it exercises, namely legislative, executive and judicial power, and ensure that through their reciprocal interactions, they mutually impose moderation on each other. Constitutionalism is therefore closely connected to the separation of powers insofar as, when powers are separate, the government is always moderate and rights are necessarily guaranteed. A proper arrangement of separate powers provides an effective guarantee of rights, which is not assured unless powers are separate. That is the theory that underpins constitutionalism and is proclaimed in Article 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen: "Any society in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined, has no Constitution".

Le constitutionnalisme est une doctrine politique qui vise à garantir la liberté politique, c'est-à-dire, la liberté dont on jouit vis-à-vis du pouvoir politique par opposition à la liberté civile, celle dont on jouit vis-à-vis de ses semblables. Comme Montesquieu l'a démontré dans des pages immortelles, la liberté politique n'est possible que si le gouvernement est modéré et, pour qu'il le soit, il faut que le pouvoir soit limité ou, comme il l'a dit lui-même, il faut que « par la disposition de choses, le pouvoir arrête le pouvoir »¹. Il faut donc séparer les trois puissances qu'il exerce, la puissance législative, la puissance exécutive et la puissance de juger, et faire en sorte que, par leur interaction réciproque, elles se contraignent mutuellement à la modération. Le constitutionnalisme est ainsi intimement lié à la séparation des pouvoirs dans la mesure où lorsque les pouvoirs sont séparés, le gouvernement est toujours modéré et les droits sont nécessairement garantis. D'un bon agencement de pouvoirs séparés dépend une garantie effective des droits et celle-ci n'est pas assurée si les pouvoirs ne sont pas séparés. Telle est la théorie qui est à la base du constitutionnalisme et qui est proclamée dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

1 Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Book XI, Chap. 4.

1 Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, Livre XI, Chap. 4.

Once the libretto had been written, it needed to be put to music and each country has played its part, according to its history and national culture, giving the constitutionalism of the liberal state several different faces. French constitutionalism is one of them. Its primary characteristic is that unlike those other, venerable forms of British, American and even German constitutionalism – since there was such a thing in 19th century Germany, French constitutionalism is relatively recent. It is just 60 years old. France had had constitutions before 1958 (in fact it had had so many that people had lost count) but it was unfamiliar with constitutionalism. The path from theory to practice is often fraught with difficulty.

Once the necessity of separate powers has been established, the difficulty is knowing what to do, first to create, and then maintain, the separation. At the end of the 18th century, the principle was essentially sanctioned in political terms: it depended on political mechanisms, the most important of which was the regularity of free elections; these place those who govern under the control of those who are governed and make the former dependent on the latter, who force those in power to limit their own actions, failing which, they risk losing their votes. This was the substance of the message delivered by Montesquieu in two separate chapters of *The Spirit of Laws*², each of which reflected the other. If power exceeds its limitations, by adopting laws that restrict freedoms or undermine the independence of the judiciary, the verdict of the ballot box should, in principle, act as a disincentive, because those in power know that, if they persist, elections will put other people in power, who will apply a different policy.

As it was originally understood, the separation of powers appeared to be a remarkable new way of guaranteeing

Le livret une fois écrit, il a fallu le mettre en musique et chaque pays a joué sa partition en fonction de son histoire et de sa culture nationale, donnant au constitutionnalisme de l'État libéral plusieurs visages. Le constitutionnalisme français est l'un d'entre eux. Sa toute première caractéristique est qu'à la différence des autres, les vénérables constitutionnalismes anglais, américain, et même allemand car il en existait un au xix^e siècle outre-Rhin, le constitutionnalisme français est tout récent. Il n'a que soixante ans. Jusqu'en 1958, la France avait eu des constitutions (elle en avait eu tellement qu'on ne les comptait plus), mais elle ne connaissait pas le constitutionnalisme. C'est que de la théorie à la pratique, il y a souvent de la coupe aux lèvres.

La nécessité de pouvoirs séparés une fois posée, la difficulté est de savoir comment faire pour qu'ils le soient et surtout qu'ils le restent. À la fin du xviii^e siècle, la sanction du principe se déclinait sur un mode essentiellement politique ; elle dépendait de mécanismes politiques, dont le plus important était la régularité d'élections libres qui placent les gouvernants sous le contrôle et dans la dépendance des gouvernés, ces derniers obligeant les premiers à s'auto-limiter sous peine de perdre leurs suffrages. Tel était en substance le message que Montesquieu avait livré dans deux chapitres distincts *De l'esprit des Lois*² qui se répondaient l'un l'autre. Si le pouvoir excède ses limites en adoptant des lois restrictives des libertés ou en portant atteinte à l'indépendance de la magistrature, la sanction des urnes devrait, en principe, l'en dissuader parce que son titulaire sait qu'à persévérer, les élections amèneront de nouveaux gouvernants et avec eux une autre politique sera appliquée.

Telle qu'on la comprit à l'origine, la séparation des pouvoirs parut être une remarquable invention pour garantir un

2 The two chapters concerned in *The Spirit of Laws* present the separation of powers from both a static (Book XI, Chap. 6) and dynamic point of view (Book XIX, Chap. 27).

2 Il s'agit des deux chapitres qui, dans *De l'esprit des Lois*, présentent la séparation des pouvoirs d'un point de vue statique (Livre XI, Chap. 6) et d'un point de vue dynamique (Livre XIX, Chap. 27).

moderate government; it was a machine that worked by itself. The difficulty was that Montesquieu believed it was only achievable in a monarchical state – “Democracy and aristocracy are not, by definition, free states,”³ he warned – because, as soon as the state becomes a republic and the most dangerous power is no longer the monarch, but the one in which popular sovereignty rests (in other words, the elected assembly), the machine no longer works by itself⁴. This was the great discovery made by the Americans. Reflecting on Montesquieu’s theory, in light of the experience gained by the young republican states of America, and which Jefferson had presented in his *Notes* on his own state, Virginia, Madison came to the conclusion that while regular elections were, admittedly, an essential guarantee of the effective application of the separation of powers, it was also necessary to take “ancillary precautions”⁵ and in particular, to establish checks and balances between the powers and set ambition against ambition, for example, by using federalism, which frees up the centre and divides powers across several different levels; symmetric bicameralism, which slows down the legislative process, and the right of veto, which halts the legislative process either permanently or temporarily, depending on whether it has a definitive or purely suspensive effect. Hamilton added *judicial review* of the constitutionality of laws⁶, the old principle of *common law* put forward by Coke in the 16th century and revived by John Marshall in the ruling on *Marbury v. Madison* to remedy the futility of the three others when one party has

gouvernement modéré ; c’était une machine qui marchait toute seule. La difficulté était que Montesquieu ne la concevait réalisable que dans un État monarchique – « La démocratie et l’aristocratie ne sont point des États libres par leur nature »³, avait-il averti – car, sitôt qu’on passe en république et que le pouvoir le plus dangereux n’est plus le monarque, mais celui dans lequel repose la souveraineté populaire, autrement dit, l’assemblée élue, la machine ne marche plus toute seule⁴. Ce fut la grande découverte des Américains. Méditant sur la théorie de Montesquieu, à la lumière de l’expérience acquise par les jeunes États républicains d’Amérique et que Jefferson avait présentée dans des *Notes* sur son propre État, la Virginie, Madison parvint à la conclusion que certes des élections régulières étaient une garantie essentielle d’une application effective de la séparation des pouvoirs, mais qu’il était nécessaire de prendre « des précautions supplémentaires »⁵ et, en particulier, d’établir des freins et contrepoids entre les pouvoirs, d’opposer l’ambition à l’ambition en utilisant, par exemple, le fédéralisme qui décongestionne le centre et répartit les pouvoirs sur plusieurs niveaux, le bicaméralisme égalitaire qui ralentit le processus législatif, le droit de veto qui arrête le législatif définitivement ou pour un temps, selon qu’il est suspensif ou définitif. Hamilton y ajouta le contrôle judiciaire (*judicial review*) de constitutionnalité des lois⁶, vieux principe de *common law* avancé par Coke au xvi^e siècle et que John Marshall ressuscita dans l’arrêt *Marbury v. Madison* pour remédier à l’inutilité des trois autres

3 *The Spirit of Laws*, Book XI, Chap. 4.

4 This was the result of the inductive reasoning that Montesquieu engaged in based on his observations of just one society, namely England, without any experimental confirmation, to produce a general law, as identified by Emile Durkheim, “To what extent did Montesquieu contribute to sociology?”, his thesis written in Bordeaux in 1892 (in Latin), translated and published in French in *Revue d’histoire politique et constitutionnelle*, vol. 1 (1937), p. 407s, 454. The experimental verification missing from his illustration were the Americans, who provided it from the political and constitutional practices of the young, republican states that had become independent.

5 *The Federalist*, Paper no. 51 (*ancillary precautions*).

6 *Ibid.*, Paper no. 78.

3 *De l’esprit des Lois*, Livre XI, Chap. 4.

4 Tel est le résultat du raisonnement inductif que Montesquieu conduit à partir d’une observation faite dans une société, et une seule, l’Angleterre, et sans confirmation expérimentale, pour dégager une loi d’application générale, comme l’a bien vu Émile Durkheim, « Dans quelle mesure Montesquieu a-t-il contribué à constituer la Science des Sociétés ? », thèse Bordeaux 1892 (en latin), traduite et publiée en français in *Revue d’histoire politique et constitutionnelle*, vol. 1 (1937), p. 407 s., 454. Cette vérification expérimentale qui manquait à sa démonstration, ce sont les Américains qui l’ont faite à partir de la pratique politique et constitutionnelle des jeunes États républicains devenus indépendants.

5 *Le Fédéraliste*, Lettre n° 51 (*ancillary precautions*).

6 *Ibid.*, Lettre n° 78.

control of both legislative and executive power, as the Americans learned from experience following the election of Thomas Jefferson as President of the United States in 1800.

When the constitution was written in 1791, French revolutionaries were familiar with what had happened in the United States following on from their conversations with Jefferson, who at the time was the US ambassador in Paris, and to whom some of them, including Lafayette, were very close⁷. It is more than likely that he had told them about the developments he had seen in America and the additions made by Madison. But the French situation being as it was, there were three checks that were not available to them: federalism, which would have perpetuated the many customs of the provinces of the ancien régime, which means that people changed laws as often as they changed carriages; asymmetric bicameralism, which would have maintained the division of society into classes, which they rejected, and imposed the creation of a "Commons" chamber, or in other words, the Third Estate, and an aristocratic chamber, made up of people from the privileged classes; and judicial review of the constitutionality of laws, which would have perpetuated the omnipotence of the Parliaments in another form. The only element they retained was the right of veto, which was still difficult to implement in practice. The clumsy use Louis XVI made of the veto, to prevent the law that required priests to swear an oath to uphold the Civil Constitution of the Clergy, set both the Assembly and the people against him. The Revolution pushed the situation to extremes in a headlong rush.

lorsqu'un même parti s'empare du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, comme l'expérience l'apprit aux Américains avec l'élection de Thomas Jefferson à la présidence des États-Unis en 1800.

Lors de l'élaboration de la constitution de 1791, les révolutionnaires français étaient au courant de ce qui s'était passé aux États-Unis de par leurs échanges avec Jefferson, à l'époque ambassadeur des États-Unis à Paris et dont, par ailleurs, certains d'entre eux, dont Lafayette, étaient très proches⁷. Il est plus que probable qu'il les avait informés des évolutions qu'il avait pu observer en Amérique et des compléments apportés par Madison. Mais la situation française étant ce qu'elle était, il y avait trois freins qui leur étaient interdits : le fédéralisme qui aurait perpétué les multiples coutumes des provinces d'ancien régime qui faisaient qu'on changeait de lois comme on changeait d'attelage ; le bicaméralisme inégalitaire qui aurait maintenu la division de la société en ordres qu'ils rejetaient et imposé la création d'une chambre des « Communs », autrement dit, du Tiers-État, et une chambre aristocratique, composée des ordres privilégiés ; et le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois qui aurait perpétué la toute-puissance des Parlements sous une autre forme. Ils ne retinrent que le droit de veto, au demeurant bien difficile à mettre en œuvre. L'usage maladroit qu'en fit Louis XVI pour faire obstacle à la loi qui imposait aux prêtres une prestation de serment à la constitution civile du clergé dressa l'Assemblée et le peuple contre lui. La Révolution bascula dans les extrêmes et ce fut la fuite en avant.

7 There is no need to recall Lafayette's determination, encouraged by Jefferson, to embark on writing a declaration of rights. The very close relationship between the two men dated, of course, from the War of Independence from Great Britain, which they had led together, and continued in Paris when Jefferson was posted there. Moreover, with the consent, or more accurately, the support and encouragement of the Comte de Montmorin, the Minister of Foreign Affairs under Louis XVI, Jefferson was a regular visitor to the monarchists' club, of which Lafayette was a member.

7 Il n'est pas besoin de rappeler la détermination de La Fayette encouragé par Jefferson pour entreprendre la rédaction d'une déclaration de droits. Les relations très solides entre les deux hommes dataient, bien sûr, de la guerre d'Indépendance contre l'Angleterre qu'ils avaient menée ensemble et elles s'étaient poursuivies à Paris que Jefferson avait rejoint. Par ailleurs, avec le plein accord, mieux, l'appui et les encouragements du comte de Montmorin, ministre des Affaires étrangères de Louis XVI, Jefferson fréquentait alors régulièrement le club des monarchiens dont La Fayette était membre.

Following the Restoration and the July Monarchy, the remedy of checks and balances developed in the United States fell out of fashion, as it was no longer in the people that sovereignty lay. France had returned to a system of monarchy and it was less a question of reining in the lower house than making it the engine of political reform (winning universal suffrage) based on the model of the English parliamentary system. The difficulty was that, once deprived of the checks and balances, which in England⁸ prevented the House of Commons "from drawing all power into its impetuous vortex"⁹, the French republican regime finally fell into a regime of assembly and imploded in 1958, during the Algerian war. The crisis of 1958 resulted in a new constitution, which founded a new regime and the starting point for French constitutionalism today.

*

French constitutionalism is a creature of circumstances. In 1958, it was necessary to move France out of the regime of assembly, since it resulted in unstable government which, in the short term, made it impossible to settle the Algerian question and implement the economic reforms needed for the country to modernise, and in the long term, forced the country to swing from one extreme to another, from the regime of assembly to the regime of the providential man.

As Michel Debré explained in 1958 when, as Minister of Justice, he presented the draft constitution to the Conseil d'État, it was necessary to find "a weapon against the

À partir de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, le remède des freins et contrepoids passa de mode car ce n'était plus dans le peuple que gisait la souveraineté. La France était revenue à la monarchie et il était moins question de freiner la chambre basse que d'en faire le moteur de la réforme politique (la conquête du suffrage universel) sur le modèle du régime parlementaire anglais. L'ennui est que, privé des freins et contrepoids qui empêchaient en Angleterre⁸ la chambre des Communes « d'absorber tout le pouvoir dans son impétueux vortex »⁹, le régime républicain français finit par tomber dans le régime d'assemblée et il implosa en 1958 à l'occasion de la guerre d'Algérie. De la crise de 1958 est sortie une nouvelle constitution, fondatrice d'un nouveau régime et point de départ du constitutionnalisme français d'aujourd'hui.

*

Le constitutionnalisme français est né des circonstances. En 1958, il fallait sortir la France du régime d'assemblée, générateur de l'instabilité gouvernementale qui, à court terme, rendait impossible le règlement de la question algérienne et les réformes économiques nécessaires à la modernisation du pays, et qui, à long terme, condamnait le pays à aller d'un extrême à l'autre, du régime d'assemblée au régime de l'homme providentiel.

En 1958, comme l'expliqua Michel Debré quand il présenta en qualité de Garde des sceaux le projet de constitution devant le Conseil d'État, il fallait trouver « une arme

8 In Great Britain, once the power of the monarch had been transferred to the Prime Minister, these balances were first, the electoral system, which led to a two-party system and its disciplined parties; secondly, the existence of a second, aristocratic chamber which, at least until the start of the 20th century, provided a balance to the lower chamber; and finally, and above all, the principle of the *rule of law*, which gives the courts the unusual power, except on the express orders of the legislature, only to accept the law adopted by Parliament measured against the yardstick of the existing law, which in principle the latter cannot ignore.

9 The expression comes from James Madison, *The Federalist*, Paper no. 48 (*drawing all power into its impetuous vortex*).

8 En Angleterre, une fois la puissance du monarque transférée au Premier ministre, ces contrepoids furent, d'abord, le système électoral qui fit naître le bipartisme et ses partis disciplinés, ensuite, l'existence d'une deuxième chambre aristocratique qui, tout au moins jusqu'au début du xx^e siècle, sut faire équilibre à la chambre basse, enfin et surtout, le principe de *rule of law*, règne ou prééminence du droit, qui donne aux cours et tribunaux le singulier pouvoir, sauf commandement exprès du législateur, de ne recevoir la loi votée par le Parlement qu'à l'aune du droit existant qu'en principe, celle-ci ne doit pas méconnaître.

9 L'expression est de James Madison, *Le Fédéraliste*, Lettre n° 48 (*drawing all power into its impetuous vortex*).

deviation of the parliamentary regime" ¹⁰; in other words, it was a matter of preventing the regime of assembly and therefore reinventing the ways of ensuring a separation of powers. Given the impossibility of relying on the political correctives which, in other democracies, curb the propensity of the popularly elected chamber to dominate the other bodies, either because, having been tried in the past, they did not produce the expected results (symmetric bicameralism was discredited as a result of the Senate's obstinate opposition to votes for women under the IIIrd Republic, which meant that in 1946, it was taxed with being an antidemocratic institution ¹¹), or because they were discarded in view of the principle of national sovereignty (such as a Supreme Court or Constitutional Court), the authors of the constitution relied on a legal corrective, but one that was very different to the constitutionality of laws being checked by a judge. Drawing inspiration from the idea of the "inherently legislative arena" found in the opinions of the Conseil d'État since 1807 ¹² and in the conclusions of the government commissioner, Romieu, on the rulings given at the start of the 20th century ¹³, the authors of the constitution limited

contre la déviation du régime parlementaire » ¹⁰; autrement dit, il fallait empêcher le régime d'assemblée et donc réinventer les moyens de séparer les pouvoirs. Faute de pouvoir recourir aux correctifs politiques qui, dans les autres démocraties, freinent la propension de la chambre élue par le peuple à dominer les autres organes soit parce que, déjà essayés dans le passé, ils n'avaient pas produit les résultats escomptés (le bicaméralisme égalitaire était déconsidéré du chef de l'opposition obstinée du Sénat au vote des femmes sous la III^e République qui lui valut en 1946 d'être taxé d'institution antidémocratique ¹¹), soit parce qu'ils étaient exclus au regard du principe de la souveraineté nationale (comme une cour suprême ou une cour constitutionnelle), le constituant 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 ¹² et dans les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur des arrêts du début du xx^e siècle ¹³,

10 Speech by Michel Debré to the Conseil d'État, 27 August 1958, available online at: <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>.

11 See also the statement by Pierre Marclhacy, then a member of the Constitutional Council: "The French people do not want and undoubtedly will never want a Senate that has the prerogatives of the Senate of the IIrd Republic (...) France would no longer accept a Senate as powerful as that of the IIrd Republic. Moreover, if that were the case, there would be "general chaos", Session of 23 August 1985, Act on the development of New Caledonia, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986* (B. Mathieu et al., ed.), Dalloz, 2014, p. 570 and 572.

12 *Opinion of 18 August 1807 on the implementation of article 545 of the Civil Code*, Rec. Duvergier, p. 171; *Opinion of 6 February 1953 on article 13 of the Constitution of 1946*, RDP 1953, p. 170.

13 CE, 19 February 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways*, Rec. p. 131; CE, 14 May 1906, *Babin*, Rec. p. 362. In his conclusions on this last matter, the government commissioner, Romieu, outlined the structure of the separation of powers between the legislative and executive branches, which was incorporated in the constitution of 1958: "In general terms, we can say that: all questions that relate directly or indirectly to the obligations imposed on citizens as an act of authority, without a contractual relationship (for example, the right to order and restrict the organisation of the forces of law and order and the courts, taking possession of private

10 Discours de Michel Debré devant le Conseil d'État, 27 août 1958, disponible en ligne : <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>.

11 V. aussi les déclarations de M. Marclhacy, alors, membre du Conseil constitutionnel : « Le peuple français ne veut pas et ne voudra sans doute plus jamais d'un Sénat qui ait les prérogatives du Sénat de la III^e République (...) La France n'accepterait plus un Sénat aussi puissant que celui de la III^e République. Si d'ailleurs cela était le cas, ce serait un "bordel général" », Séance du vendredi 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie », *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1986* (B. Mathieu et al., dir.), Dalloz, 2014, p. 570 et 572.

12 *Avis du 18 août 1807 sur l'exécution de l'article 545 du Code civil*, Rec. Duvergier, p. 171 ; *avis du 6 février 1953 relatif à l'article 13 de la Constitution de 1946*, RDP 1953, p. 170.

13 CE, 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer et tramways*, Rec. p. 131 ; CE, 14 mai 1906, *Babin*, Rec. p. 362. Dans ses conclusions sur cette dernière affaire, le commissaire de gouvernement Romieu dessina l'architecture de la répartition des pouvoirs entre les pouvoirs législatif et exécutif qui fut constitutionnalisés en 1958 : « D'une manière générale on peut dire que : relèvent *par leur nature* du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité sans aucun lien contractuel (par exemple tout ce qui concerne le droit de commander et de contraindre l'organisation de la force publique et des juridictions, la prise de posses-

Parliament's power by separating the areas over which it had jurisdiction from those of the Executive, so "that the Government and Parliament each assume full powers for their areas of responsibility"¹⁴, all under the control of an independent body, the Constitutional Council, which is responsible for ensuring the correct relationship between laws and regulations.

The introduction of the Constitutional Council had two major consequences. First, at the political level, it marked an end to French-style parliamentary sovereignty, since the law's compliance with the Constitution was now controlled and sanctioned. Secondly, at the legal level, it changed the notion of constitution as it was traditionally understood in French law, giving it full legal value and quite simply, making the law a true law, because it was sanctioned by the Constitutional Council. In other words, the country moved from a descriptive to a normative constitution and, although there was no shortage of criticism, it has not reversed that decision. Sixty years after the adoption of the 1958 Constitution, French constitutionalism has taken shape and is now established. There is certainly room for improvement and no shortage of suggestions on what is needed. But no-one is considering abolishing the Constitution and creating a new one on an entirely different basis. The idea of a VIth Republic, which would mark a

le constituant limita le Parlement en lui assignant un domaine qui laisserait à l'Exécutif le sien de manière à ce « que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions »¹⁴, le tout sous le contrôle d'un organe indépendant, le Conseil constitutionnel, chargé de veiller au respect du partage entre la loi et le règlement.

L'introduction du Conseil constitutionnel eut deux conséquences majeures. Tout d'abord, sur le plan politique, elle mit fin à la souveraineté parlementaire à la française puisque la conformité de la loi à la Constitution était désormais contrôlée et sanctionnée. Ensuite, sur le plan juridique, elle changea la notion de constitution, telle qu'on l'entendait traditionnellement en droit français, en lui donnant pleine valeur juridique, en en faisant du droit tout simplement, un vrai droit parce que sanctionné par le Conseil constitutionnel. En d'autres termes, le pays passa d'une constitution descriptive à une constitution normative et, quoique les critiques n'aient pas manqué, il n'est pas revenu en arrière. Soixante ans après l'adoption de la Constitution de 1958, le constitutionnalisme français a pris forme et est établi. Certes, des améliorations sont possibles et les propositions ne manquent pas. Mais personne n'envisage l'abolition de la constitution et l'élaboration d'une nouvelle sur des bases entièrement différentes. L'idée d'une VI^e République

property, voting on taxes and the public spending that prompts them, etc., etc.) *fall by definition within the remit of legislative power* [...].

Conversely, it is in principle, executive power that regulates the internal organisation of the public services and the ways in which they work, so as not to infringe the rights of third parties, and it is also executive power that sets the rules of the contract between the administration and its staff, recruitment, career progression, discipline, dismissal, etc., etc." (italics and underlining added).

14 The Constitutional Act of 3 June 1958 on a temporary derogation from the provisions of article 90 of the Constitution, single article: "By derogation from the principles of article 90, the Constitution will be revised by the government invested on 1st June 1958, as follows: (...) 2. Executive and legislative power must be effectively separated so that the Government and Parliament each assume full powers for their areas of responsibility".

sion de la propriété privée, le vote des impôts et des dépenses publiques qui y donnent lieu, etc., etc.) [...] *En sens inverse, c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers, c'est lui notamment qui fixe les règles du contrat entre l'Administration et ses agents, le recrutement, l'avancement, la discipline, la révocation, etc., etc.*" (italiques et surlignage ajoutés).

14 Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, Article unique : « Par dérogation aux dispositions de son article 90, la Constitution sera révisée par le gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 et ce, dans les formes suivantes : (...) 2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ».

return to classic parliamentarianism, removing the election of the President of the Republic by universal suffrage, misfired. The French constitutionalism set in motion by the Constitution of 4 October 1958 has reached cruising speed. An abundance of constitutional litigation has developed: the tables of contents of the case law of the Constitutional Council fill over 3,700 pages; every day, the ordinary and administrative courts use the constitutional law that it produces; it lies at the heart of great parliamentary battles; lawyers need to know it to defend their clients and judges to decide on their rulings, in both the criminal and civil courts; and in universities, constitutional litigation has been established as a new branch of law and lecturers now have to devote several compulsory classes to different levels of legal studies. Why is this the case?

Simply because, for the last 60 years, French constitutionalism has been supported by an institution (I), the Constitutional Council, whose practice (II), based on the various missions that the authors of the constitution entrusted to it turn like planets around a sun, the law, in accordance with the spirit (III) of French legal culture, which guarantees rights through the law rather than through judges, with the result that French constitutionalism is legislative, rather than judicial.

I. – The institution

French constitutionalism is supported and embodied by an institution, the Constitutional Council, the precise nature of which has long been debated. In 1962, when it declared that it was not competent to rule on the constitutionality of a referendum law, it justified its decision by emphasising that it was simply "the regulatory body for the activities of the

qui serait un retour au parlementarisme classique avec suppression de l'élection du Président de la République au suffrage universel a fait long feu. Le constitutionnalisme français que la Constitution du 4 octobre 1958 avait mis sur les rails a atteint sa vitesse de croisière. Un abondant contentieux constitutionnel s'est formé ; les tables analytiques de la jurisprudence du Conseil constitutionnel totalisent plus de 3700 pages ; c'est tous les jours que les juridictions des ordres judiciaire et administratif font usage du droit constitutionnel qui en est sorti ; il est au cœur des grandes batailles parlementaires ; les avocats doivent le connaître pour défendre leurs clients et les magistrats pour juger, au pénal comme au civil ; et dans les universités, une nouvelle branche de droit, le contentieux constitutionnel, s'est établie et les enseignants doivent y consacrer plusieurs cours obligatoires à différents niveaux des études juridiques. Comment expliquer cela ?

Par ce seul fait que, depuis soixante ans, le constitutionnalisme français est porté par une institution (I), le Conseil constitutionnel, dont la pratique (II) née des diverses missions que le constituant lui a confiées tournent toutes comme des planètes autour d'un soleil, la loi, conformément à l'esprit (III) de la culture juridique française qui garantit les droits par la loi plus que par le juge, de sorte que le constitutionnalisme français est législatif, non judiciaire.

I. – L'institution

Le constitutionnalisme français est porté et s'incarne dans une institution, le Conseil constitutionnel, dont la nature exacte a longtemps fait débat. En 1962, lorsqu'il s'était déclaré incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi référendaire, il s'était justifié en soulignant qu'il n'était qu'un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs

public authorities”¹⁵. This description became increasingly controversial after the famous *freedom of association*¹⁶ decision. Legal opinion took the view that the institution was no longer the same and that by extending its powers to protecting the rights and freedoms guaranteed in the Preamble to the Constitution, the Constitutional Council was doing something other than regulation. It was doing what judges normally do: protecting individuals and their rights. Its members had become real judges, were forming a court and were naturally moving towards becoming a true constitutional court. The Constitutional Council allowed the rumour to continue, without either confirming or denying it, until 2011, when it was examining the Finance Act for 2012, and in the course of discussing a recital that had gone unnoticed, described or rather re-described itself, given the precedent set in 1962, as a “constitutional public authority”.

A. The Constitutional Council: “the regulatory body for the activities of the public authorities”

1. Initial description

The Constitutional Council was never originally intended to be a court. Its main role was to oversee the split between laws and regulations and to prevent the French Parliament from extending its powers beyond those granted to it by the Constitution¹⁷. Michel

publics»¹⁵. Après la célèbre décision *Liberté d’association*¹⁶, cette qualification fut de plus en plus contestée. La doctrine estima que l’institution n’était plus la même et qu’avec l’extension de ses compétences à la protection des droits et libertés qui sont garantis dans le Préambule de la Constitution, le Conseil constitutionnel faisait autre chose que de la régulation. Il faisait ce que font des juges à l’ordinaire ; il protégeait l’individu et ses droits. Ses membres étaient devenus de vrais juges, ils formaient une juridiction et avaient naturellement vocation à devenir une véritable cour constitutionnelle. Sans l’approuver, ni la démentir, le Conseil constitutionnel a laissé la rumeur courir jusqu’à ce qu’en 2011, à l’occasion de l’examen de la loi de finances pour 2012, au détour d’un considérant passé inaperçu, il se qualifie, ou plutôt se requalifie eu égard au précédent de 1962, de « pouvoir public constitutionnel ».

A. Le Conseil constitutionnel, « organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics »

1. La qualification initiale

À l’origine, le Conseil constitutionnel n’a jamais été créé pour être une cour. Sa principale mission était de surveiller le partage entre la loi et le règlement et d’empêcher le Parlement d’étendre ses attributions au-delà de ce que lui attribuait la Constitution¹⁷. Michel Debré l’avait dit en

¹⁵ Decision no. 62-20 DC of 6 November 1962, *Act pertaining to the election of the President of the Republic by direct universal suffrage*, adopted by the referendum of 28 October 1962, cons. 2.

¹⁶ Decision no. 71-44 DC of 16 July 1971, *Act completing the provisions of articles 5 and 7 of the Act of 1 July 1901 on association agreements*.

¹⁷ Michel Debré’s speech to the Conseil d’État on 27 August 1958 was very clear on this point: “The creation of the Constitutional Council demonstrates the desire to subject the law, i.e. the will of Parliament, to the higher rule decreed by the Constitution. “It is not in the spirit of the parliamentary regime, or the French tradition, to give the courts, i.e. anyone under the jurisdiction of the courts, the right to examine the value of the law.” The draft has therefore posited a particular institution that only four authorities can refer questions to: the President of the Republic, the Prime Minister, and the

¹⁵ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l’élection du Président de la République au suffrage universel direct*, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, cons. 2.

¹⁶ Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d’association*.

¹⁷ Le discours de Michel Debré devant le Conseil d’État, le 27 août 1958, était très clair sur ce point : « La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c’est-à-dire la volonté du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. Il n’est ni dans l’esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c’est-à-dire à chaque justiciable, le droit d’examiner la valeur de la loi ». Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules

Debré made this clear when presenting the draft constitution to the Conseil d'Etat: "It is not in the spirit of the parliamentary regime, or the French tradition, to give the courts, i.e. anyone under the jurisdiction of the courts, the right to examine the value of the law. The draft has therefore posited a particular institution that only four authorities can refer questions to: the President of the Republic, the Prime Minister, and the presidents of the two houses of Parliament." The Constitutional Council was thus positioned not as a court, between civil society and the state, but as a council with decision-making power between the four constitutional public powers authorised to refer to it. It faced the consequences of this decision in 1962, when it was asked to rule on the revision of the Constitution that General de Gaulle wished to implement.

At the time, General de Gaulle, whose life was being threatened daily, took the view that, without the historical legitimacy that had brought him to power, his successors would only enjoy the same level of legitimacy if the "received a direct mandate from all citizens" and that under these conditions, "the President of the Republic should henceforth be elected by universal suffrage"¹⁸. He appeared to have been considering this for some time, but the political circumstances meant that he decided to proceed earlier than expected. In any event, the Constitution was to be revised. However, rather than using the procedure provided for in the Constitution, which does not exclude a constitutional referendum to finalise it, but which assumes the agreement of the Senate, which he rightly presumed he would not secure, he opted for a legislative referendum, explaining to the country that "the President of the Republic can put to the country, by means of a referendum, "any bill" — I emphasise, he repeated, "any

présentant le projet de constitution devant le Conseil d'État : « Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi. Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules saisir quatre autorités : le Président de la République, le Premier ministre, les deux présidents d'assemblées ». Le Conseil constitutionnel était ainsi placé non pas comme une cour entre la société civile et l'État, mais comme un conseil doté d'un pouvoir décisionnel entre les quatre pouvoirs publics constitutionnels habilités à le saisir. Il en tira les conséquences en 1962 quand il eut à se prononcer sur la révision constitutionnelle que souhaitait le général de Gaulle.

À l'époque, le général de Gaulle dont la vie était menacée tous les jours, considéra que, privés de la légitimité historique qui l'avait porté au pouvoir, ses successeurs ne pourraient avoir une légitimité aussi forte que s'ils « recevaient directement mission de l'ensemble des citoyens » et que, dans ces conditions, « le Président de la République serait dorénavant élu au suffrage universel »¹⁸. Il semble que l'idée était ancienne dans sa pensée, mais que les circonstances politiques firent qu'il décida de la réaliser plus tôt que prévu. Quoi qu'il en soit, la Constitution devait être révisée. Toutefois, plutôt que de passer par la procédure prévue par la Constitution, laquelle n'exclut pas un référendum constituant pour la rendre définitive, mais qui suppose l'accord du Sénat qu'il présumait à juste titre ne pas obtenir, il utilisa la voie du référendum législatif expliquant au pays que « le Président de la République peut proposer au pays,

presidents of the two houses of Parliament. Other powers have been given to the Council, in particular, the power to examine the rules of the assembly and judging contested elections. The existence of this Council and the authority it must have are an important and necessary innovation".

18 Charles de Gaulle, televised speech, 20 September 1962, available online at: <http://mjp.univ-perp.fr/textes/de-gaulle20091962.htm>.

saisir quatre autorités : le Président de la République, le Premier ministre, les deux présidents d'assemblées. À ce conseil d'autres attributions ont été données, notamment l'examen du règlement des assemblées et le jugement des élections contestées. L'existence de ce conseil, l'autorité qui doit être la sienne représentent une grande et nécessaire innovation ».

18 Charles de Gaulle, allocution télévisée, 20 septembre 1962, disponible en ligne : <http://mjp.univ-perp.fr/textes/degaule20091962.htm>.

bill” — “relating to the organisation of the public authorities”, which clearly includes the method used to elect the president”. It was stretching the legislation beyond what lawyers would generally accept and the vast majority of them, starting with the Conseil d’État, concluded that the procedure used was an uncomfortable fit. The Constitutional Council intervened on two occasions, once to give an opinion on the consultation and once to rule on the constitutionality of the procedure used, once the results were known. It is the latter that is most important for understanding how the Constitutional Council viewed its role at the time.

Examining the discussions that took place between members on this matter shows that the majority of them did not view themselves as “constitutional judges”, at least in the sense that the term has in Germany or the United States. As a result, at its session on 6 November 1962, when the Council examined the constitutionality of the referendum law adopted by the people referred to it by the President of the Senate, there were just four members out of ten (two former presidents of the Republic, Vincent Auriol and René Coty, a doctor, Louis Pasteur Vallery-Radot, and one of the authors of the Universal Declaration of Human Rights, René Cassin) who took the view that the Constitutional Council should assert itself as the guardian of the Constitution and should not shirk its responsibilities on the basis of clerical arguments, a “trick” according to Pasteur Vallery-Radot¹⁹, a “subtle manoeuvre” according to Vincent Auriol²⁰, of defending the Constitution on the grounds that it could not identify a piece of legislation that gave it this express power. The Council did not agree, however, and in the absence of a text on which to base its authority, it added that it “was apparent from the spirit of the Constitution that it was a regulatory body for the activities of the public authorities” and ultimately, that

par voie de référendum, “tout projet de loi” – je souligne, répéta-t-il, “tout projet de loi” – “portant sur l’organisation des pouvoirs publics”, ce qui englobe évidemment, le mode d’élection du président ». C’était solliciter les textes au-delà de ce que les juristes en général admettent et ceux-ci dans leur immense majorité, à commencer par le Conseil d’État, conclurent que la procédure suivie cadrait difficilement avec eux. Le Conseil constitutionnel intervint deux fois, la première pour donner un avis sur la consultation, la seconde pour statuer après les résultats sur la constitutionnalité de la procédure utilisée. C’est cette dernière qui est la plus importante pour comprendre la manière dont le Conseil constitutionnel alors concevait son rôle.

La consultation des délibérations qui eurent lieu entre ses membres sur cette affaire montre que la majorité de ses membres ne se considéraient pas comme des « juges constitutionnels », du moins au sens que cette terminologie revêt en Allemagne ou aux États-Unis. Ainsi, au cours de la séance du 6 novembre 1962, quand le Conseil examina la constitutionnalité de la loi référendaire adoptée par le peuple dont le Président du Sénat l’avait saisi, il n’y eut que quatre membres sur dix (deux anciens présidents de la République, Vincent Auriol et René Coty, un médecin, Louis Pasteur Vallery-Radot, et l’un des auteurs de la Déclaration universelle des droits de l’homme, René Cassin) pour considérer que le Conseil constitutionnel devait s’affirmer être le gardien de la Constitution et ne pas fuir ses responsabilités par un raisonnement de clerc, une « astuce » selon Pasteur Vallery-Radot¹⁹, une « subtilité » selon Vincent Auriol²⁰, de défendre la Constitution au motif qu’il ne trouve pas de texte qui lui donne expressément cette compétence. Mais le Conseil ne les suivit pas et, à l’absence de texte pour fonder sa compétence, il ajouta qu’il « résultait de l’esprit de la Constitution qu’il était un organe régulateur de l’activité des pouvoirs publics » et, enfin, que « les lois que

¹⁹ *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 121.

²⁰ *Ibid.*, p. 119.

¹⁹ *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 121.

²⁰ *Ibid.*, p. 119.

"the laws that the Constitution intended to refer to in article 61 were solely those voted for by Parliament and not those which, having been adopted by the people following a referendum, constituted a direct expression of national sovereignty"²¹. If the Constitutional Council had viewed itself as a judge, a real judge, it would not have described itself as a regulatory body. Judges are not regulators, even if their judgments are in the field of public law; the litigation section of the Conseil d'Etat is not a body that regulates the activities of the administrative authorities. The fact that the Council has never used the phrase since suggests it was not a happy choice²².

Ten years later, on 16 July 1971, the Constitutional Council produced its famous decision on association agreements, in which it decided, having regard to "the Constitution and its preamble" that it could directly apply "the fundamental principles recognised under the laws of the Republic and solemnly reaffirmed in the preamble to the Constitution", or in concrete terms, "the principle of freedom of association" which means that "the establishment of associations may not be subject to prior action by the administrative authorities, or even by the judicial authorities". As a result, it concluded that the article of the law it had been asked to examine, according to which "the acquisition of legal capacity by declared associations (was) subject to a prior control of their legality by the judicial authorities" was not in line with the Constitution²³. For the first time, the Constitutional Council was doing something other than regulating the activities of the public authorities: it was protecting a freedom; it was

la Constitution a entendu viser dans son article 61 étaient uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »²¹. Si le Conseil constitutionnel s'était considéré comme un juge, un vrai juge, il ne se serait pas qualifié d'organe régulateur. Les juges ne sont pas des régulateurs, même lorsqu'ils sont des juges de droit public ; la section du contentieux du Conseil d'Etat n'est pas un organe régulateur de l'activité des autorités administratives. Il faut croire que la formule n'était pas très heureuse car le Conseil ne l'a plus jamais utilisée²².

Dix ans plus tard, le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel rendit sa célèbre décision sur le contrat d'association dans laquelle il décida au visa de « la Constitution et notamment son préambule » qu'il pouvait directement appliquer « des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution », concrètement, « le principe de la liberté d'association » qui exclut que « la constitution d'associations (puisse) être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ». Il en déduisit en conséquence que l'article de la loi dont il était saisi qui « subordonnait l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire », n'était pas conforme à la Constitution²³. Pour la première fois, le Conseil constitutionnel faisait autre chose que réguler l'activité des pouvoirs publics ; il protégeait une liberté ; il s'intéressait aux droits de l'homme.

21 Decision cited above, *supra* note 15, cons. 2.

22 The comment was made by Simone Veil herself in the opening speech she made on 13 November 2006, at the 4th Conference of the Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (Association of French-speaking Constitutional Courts – ACCPUF), available online on the Constitutional Council website at : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/ACCPUF/20061115c.pdf.

23 Decision no. 71-44 DC du 16 July 1971, *Act completing the provisions of articles 5 and 7 of the Act of 1 July 1901 on association agreements*, cons. 2 and 3.

21 Décision précitée, *supra* note 15, cons. 2.

22 La remarque fut faite par Simone Veil elle-même à l'occasion du discours introductif qu'elle prononça le 13 novembre 2006 au 4^e Congrès de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF), discours en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/ACCPUF/20061115c.pdf.

23 Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, cons. 2 et 3.

interested in human rights. What had changed? Why was this the case?

2. Doctrinal description

Legal opinion seized on the idea of a change in the institution. Until then, the essential argument went, the Constitutional Council had applied the Constitution. This was not surprising, it continued, because it had been created specifically to apply constitutional rules directly. It had provided evidence of this on many occasions. A year earlier, it had even applied the Preamble, asserting, having regard to the Constitution "and its preamble"²⁴, that this was compliant with a decision by the Council of the European Communities to replace contributions by Member States with the Communities' own resources. In this instance, it had justified compliance by referring the preamble of 1958 back to the preamble of the 1946 Constitution, which proclaimed France's loyalty to its traditions, compliance with the rules of international public law – including the *Pacta sunt servanda* rule, directly at issue here – and which, subject to reciprocity, agrees to the limitations on sovereignty necessary for the organisation and defence of peace, both objectives that form part of the Communities' goals. But in any case, the constitutional rules applied by the Council were formal rules relating to areas of jurisdiction or the separation of powers. It had never been concerned with basic rules, or rules relating to rights and freedoms. Yet here was the Constitutional Council starting to protect rights and freedoms in just the same way as a judge! Legal opinion saw it as a revolution.

Within the institution, with the sole exception of François Luchaire²⁵, no-one

Quelque chose avait changé. Comment expliquer cela ?

2. La qualification doctrinale

La doctrine eut recours à l'idée d'une mutation de l'institution. Jusque-là, dit-elle en substance, le Conseil constitutionnel avait appliqué la Constitution. Rien d'étonnant à cela, poursuit-elle, puisqu'il avait été créé justement pour appliquer directement les règles constitutionnelles. Il en avait donné la preuve maintes fois. Un an plus tôt, il avait même appliqué le Préambule en affirmant, au visa de la Constitution « et notamment son préambule »²⁴, la conformité à celle-ci d'une décision du Conseil des Communautés européennes prévoyant le remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés. En l'espèce, il avait justifié ladite conformité par le renvoi du préambule de 1958 au préambule de la Constitution de 1946 qui proclame la fidélité de la France à ses traditions, au respect de règles du droit public international – dont la règle *Pacta sunt servanda*, ici directement en cause – et qui consent, sous réserve de réciprocité, aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, objectifs qui font partie des buts des Communautés. Mais, dans tous ces cas, les règles constitutionnelles appliquées par le Conseil étaient des règles formelles qui concernaient les compétences ou la séparation des pouvoirs. Jamais il ne s'était agi de règles de fond, de règles relatives aux droits et libertés. Or, voilà que le Conseil constitutionnel se mettait à protéger des droits et libertés comme le fait un juge ! La doctrine y vit une révolution.

Au sein de l'institution, à la seule exception de François Luchaire²⁵, personne

²⁴ Decision no. 70-39 DC of 19 June 1970, Treaty signed in Luxembourg on 22 April 1970 modifying certain budgetary provisions in the treaties and decision of the Council of the European Communities dated 21 April 1970, on replacing the contributions of Member States with the Communities' own resources.

²⁵ During the discussions, François Luchaire declared: "When we compare the Constitutional Council to other courts that exercise a similar function worldwide,

²⁴ Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, Traité signé à Luxembourg le 22 avril 1970 portant modification de certaines dispositions budgétaires des traités et décision du Conseil des Communautés européennes en date du 21 avril 1970, relative au remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés.

²⁵ Au cours de la délibération, François Luchaire déclara : « Lorsqu'on compare le Conseil constitutionnel

saw things in this way. No member of the Council drew a distinction between their roles as a regulator of the activities of the public authorities and as defender of rights and freedoms. Without even asking the question, the Constitutional Council applied Article 16 of the Declaration of the Rights of Man, on the basis that the separation of powers and guarantee of rights were not two separate things, but went hand in hand. That said, the result was not that the Constitutional Council was being transformed into a court²⁶, let alone a constitutional court, i.e. "a court created specially and exclusively to deal with constitutional litigation, sitting outside the usual court apparatus and independent of it, like the public authorities"²⁷. By applying the preamble, it was simply extending the range of its sources, not adding anything to them. The Council did not have to "take great care" as François Luchaire said, because the process was entirely obvious to it. And it was right, because as it subsequently explained in a note, guaranteeing rights is "the *corollary* of the principle of the separation of powers set laid down in Article 16 of the Declaration of 1789"²⁸.

The revolution that the law professors saw in the decision of 1971 was therefore no such thing. At best, it could be said that it was going to be interpreted as such,

we always say that the Council is the regulatory body for the activities of the public authorities, while the foreign institutions are defenders of freedoms. Today, the Council needs to take great care, as the role of defender of freedoms appears again in the case that is now before it. These were the conclusions of the article by Professor Robert, published in *Le Monde*, by which Mr Luchaire was greatly affected", Session of Friday 16 July 1971, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 215, see also F. Hourquebie, W. Mastor, F. Mélin-Soucrmanien, *ibid.*, p. 148.

²⁶ The "court" role of the Constitutional Council was soon confirmed in relation to electoral disputes. It referred back to decision no. 58-54 AN of 5 May 1959, *A.N., Seine (53^e circ.)*, in which the Council formally acknowledged the withdrawal of the claimant, cons. 1.

²⁷ L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2^e éd., Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2016, p. 4.

²⁸ Decision no. 98-403 DC of 29 July 1998, *Framework act pertaining to preventing exclusions*, cons. 46 (italics added).

ne vit les choses ainsi. Aucun conseiller ne sépara entre sa tâche de régulateur de l'activité des pouvoirs publics et celle de défenseur des droits et libertés. Sans même se poser la question, le Conseil constitutionnel appliqua l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, estimant que la séparation des pouvoirs et la garantie des droits n'étaient pas deux choses distinctes, mais qu'elles allaient de pair. Il n'en résultait pas pour autant que le Conseil constitutionnel se transformait en une juridiction²⁶, encore moins en une cour constitutionnelle, c'est-à-dire, en « une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celle-ci comme des pouvoirs publics »²⁷. En appliquant le Préambule, il ne faisait qu'ouvrir plus grand l'éventail de ses sources, mais il n'y ajoutait rien. Le Conseil n'avait pas à « faire très attention » comme lui disait François Luchaire parce que la démarche était pour lui évidente. Et il avait raison car, comme il l'expliqua lui-même d'un mot par la suite, la garantie des droits est « le *corollaire* du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration de 1789 »²⁸.

La révolution que les professeurs de droit virent dans la décision de 1971 n'en était

aux autres juridictions qui, dans le monde, exercent une activité semblable, on dit toujours que le Conseil est l'organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics alors que les autres institutions étrangères sont les défenseurs des libertés. Aujourd'hui le Conseil doit donc faire très attention car par l'affaire dont il a à connaître il retrouve cette tâche de défenseur des libertés. C'est ce qui ressortait de l'article du professeur Robert, paru dans *Le Monde*, par lequel M. Luchaire a été très touché », Séance du vendredi 16 juillet 1971, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 215, v. aussi les commentaires de F. Hourquebie, W. Mastor, F. Mélin-Soucrmanien, *ibid.*, p. 148.

²⁶ La qualité de « juridiction » du Conseil constitutionnel fut affirmée très tôt dans le contentieux électoral. On la fait remonter à la décision n° 58-54 AN du 5 mai 1959, *A.N., Seine (53^e circ.)*, par laquelle le Conseil a donné acte du désistement du requérant, cons. 1.

²⁷ L. Favoreu, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2^e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2016, p. 4.

²⁸ Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, cons. 46 (italiques ajoutés).

and effectively that was what happened. Hardly had the decision been made, than legal opinion predicted the arrival of a constitutional judge of the kind found in the United States, Germany or Italy. In his comment on the decision, Jean Rivero asked whether it was not a French version of a *Marbury v. Madison*, suggesting that the Constitutional Council was almost a supreme court, or at the very least, on the point of becoming one²⁹. In 1981, in the memorable summary conclusions he pronounced following the symposium in Aix-en-Provence devoted to European constitutional courts, the professor of political freedoms won unanimous support by asserting: "Thus it is that constitutional law is becoming a real form of law, when for a long time, people questioned whether it was a law like any other, sanctioned by judges"³⁰. But the major turning point came in 1984, when the most senior member, Doyen Louis Favoreu, confidently and categorically asserted that "this (had) not been done by replicating the American model of the Supreme Court, but by developing a properly European model, based on a new institution, the Constitutional Court, a high court that is independent of the ordinary court system and was specially formed to deal with constitutional questions"³¹. The assertion that, because it protected rights and freedoms, the Constitutional Council was a court, a real constitutional court such as those found in Germany, Austria or Italy, had been made. This steadily became more established, spread abroad and, of course, drew some analyses that were highly critical of the system, even today³², since the institution

donc pas une. Tout au plus pouvait-on annoncer qu'elle allait être interprétée comme telle et c'est effectivement ce qui s'est passé. La décision à peine rendue, la doctrine prédit l'arrivée d'un juge constitutionnel comme aux États-Unis, en Allemagne ou en Italie. Dans le commentaire qu'il fit de la décision, Jean Rivero se demanda s'il ne fallait pas y voir un *Marbury v. Madison* français, suggérant que le Conseil constitutionnel était presque une cour suprême, à tout le moins, sur le point d'en devenir une²⁹. En 1981, dans les mémorables conclusions de synthèse qu'il prononça à l'issue du colloque d'Aix-en-Provence consacré aux cours constitutionnelles européennes, le professeur de libertés publiques qu'il était, rallia tous les suffrages en affirmant : « Voilà que le droit constitutionnel devient un véritable droit, alors qu'on pouvait se demander pendant longtemps s'il était un droit comme les autres, sanctionné par le juge »³⁰. Mais le grand tournant eut lieu en 1984, quand le doyen Louis Favoreu, catégorique et sûr de lui, affirma que « ceci n'avait pas été fait en reprenant le modèle américain de la Cour suprême ; mais en mettant au point un modèle proprement européen reposant sur une institution nouvelle, la Cour constitutionnelle, haute juridiction indépendante du système juridictionnel ordinaire et spécialement créée pour traiter des questions constitutionnelles »³¹. L'affirmation selon laquelle, parce qu'il protégeait les droits et libertés, le Conseil constitutionnel était une cour, une véritable cour constitutionnelle comme en Allemagne, en Autriche ou en Italie, était lancée. Elle ne cessa de s'approfondir, gagna l'étranger et, bien sûr, suscita des analyses fort critiques du système, même encore aujourd'hui³²,

29 J. Rivero, "Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ?", *Dalloz* 1972, Chron. p. 265.

30 *European constitutional courts and fundamental rights*, Proceedings of the seminar held on 19, 20 and 21 February 1981, Economica-PUAM, 1982, p. 528.

31 L. Favoreu, "Propos d'un néo-constitutionnaliste", in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, 1984, p. 23.

32 See, for example, the recent monograph by the Belgian lawyer A. Dyeve, "The French Constitutional Council", *Comparative constitutional reasoning* (A. Jakab, A. Dyeve, G. Itzcovich, dir.), Cambridge University Press, 2017, p. 323-355.

29 J. Rivero, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *Dalloz* 1972, Chron. p. 265.

30 *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Actes du colloque des 19, 20 et 21 février 1981, Economica-PUAM, 1982, p. 528.

31 L. Favoreu, « Propos d'un néo-constitutionnaliste », in *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, 1984, p. 23.

32 V. par exemple la récente monographie du juriste belge A. Dyeve, « The French Constitutional

is not based on the criteria of a reference model.

Mr Robert Badinter's presidency of the Constitutional Council (1986-1995) was a pivotal moment because, as the former Minister of Justice explained in 2008:

"Personally, my view was that it was in the Council's best interests for everyone to view it as a court. At a time when citizens are concerned about judicial guarantees of their freedoms, in all Western democracies, constitutional courts are enjoying a higher level of prestige and moral authority than political bodies. In addition, I thought that asserting the position of the Constitutional Council as a proper court would allow it to take its place in the circle of European constitutional courts, in which I wanted it to play an exemplary role. I also recognised that it is easier to create a corpus of legal rulings from the case law of a court than by simply collating a series of decisions from a body that is essentially viewed as political. Because the choices the Council faced were these: either assert its role as a court or remain as a committee of "Wise Men". In my view, there could be no possible hesitation: we had to keep moving towards the making the Council into a court."³³

The frustration was that neither the National Assembly nor the Senate fully supported this vision. Robert Badinter explained that, to make the institution into a real constitutional court, he embarked on "aligning the procedures used in the Council with the principles of due process", which was both legitimate and justified, insofar as the judge's role is to hear the parties and allow each of them to speak (*audi alteram partem*), and he tells how he decided to write

l'institution n'ayant pas les critères du modèle de référence.

La présidence de M. Robert Badinter à la tête du Conseil constitutionnel (1986-1995) fut un moment charnière parce que, comme l'ancien Garde des sceaux s'en expliqua en 2008 :

« Pour ma part, je considérais que l'intérêt du Conseil était d'apparaître comme une juridiction aux yeux de tous. En un temps où les citoyens sont soucieux des garanties judiciaires de leurs libertés, dans toutes les démocraties occidentales, les juridictions constitutionnelles jouissent d'un prestige et d'une autorité morale supérieurs aux instances politiques. De surcroît, je pensais que l'affirmation du Conseil constitutionnel comme une véritable juridiction devait lui permettre de prendre sa place dans le cercle des Cours constitutionnelles européennes où je souhaitais lui voir jouer un rôle exemplaire. Je savais aussi que la jurisprudence d'une cour crée plus aisément un corpus juridique que la simple collation d'une série de décisions d'une instance considérée comme d'essence politique. Car l'alternative pour le Conseil est là : ou affirmer sa nature juridictionnelle ou conserver le caractère d'un comité de "Sages". À mes yeux il n'y avait pas d'hésitation possible : il fallait aller toujours plus loin dans la voie de la juridictionnalisation du Conseil »³³.

L'ennui est que les institutions n'ont pas pleinement adhéré à cette vision, ni l'Assemblée nationale, ni le Sénat. M. Badinter expliqua que, pour faire de l'institution une vraie cour constitutionnelle, il entreprit « de rapprocher la procédure en usage au Conseil des principes du procès équitable », ce qui était légitime et justifié car le propre d'un juge est d'entendre les parties

Council », *Comparative constitutional reasoning* (A. Jakab, A. Dyeve, G. Itzcovich, dir.), Cambridge University Press, 2017, p. 323-355.

33 R. Badinter, « Une longue marche Du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 25 (Dossier : 50^e anniversaire), août 2009, p. 6 s.

33 R. Badinter, "Une longue marche Du Conseil à la Cour constitutionnelle", *Cahiers of the Constitutional Council* no. 25 (50th anniversary report), August 2009, p. 6 s.

"to the presidents of the two houses of Parliament, announcing that the member of the Council appointed as a rapporteur for a case submitted to the Council by those referring it for an opinion, would make contact with the rapporteur of the committee to which the law had been referred in each assembly, and with a representative of those making the referral, so that they could share any useful observations to support their respective positions." His approach came to nothing. The offices of the two houses of Parliament considered that "the mandate of the rapporteur ended with the final vote on the law and could not extend to the procedure of examining its compliance with the Constitution." President Badinter conceded that, if it was impossible to establish a proper trial involving both parties, he would have to resort to expedients and the only option was therefore to improve the Council's internal rules. "That was the aim of the excellent internal guide written by the secretary general, Bruno Genevois, whose content has been expanded over successive presidencies but remains the foundation of the procedure in effect. Its fundamental inspiration was unequivocal: ensure respect for the rights of those seeking an opinion and the representatives of the Government's general secretary, improve the adversarial nature of the procedure by exchanging submissions, examine the case in more depth by hearing those seeking an opinion, the Government's secretary general and any "expert" who might be helpful in terms of providing the rapporteur with information and insights, so that they can inform the members of the Council more effectively during the debate. Finally, improve the presentation of the annual compilation of decisions and perhaps comment on them, so that their content and scope are accessible to the public as well as specialist lawyers. Personally, I was keen for the Constitutional Council to hold a public hearing, which would allow the arguments of the petitioners and the Government, or even the representatives of parliamentary groups, to be heard by the Council, just as they would be in

et de leur donner la parole à chacune (*audi alteram partem*), et il raconte qu'il décida d'écrire «aux présidents des assemblées en leur annonçant que le membre du Conseil désigné comme rapporteur de l'affaire soumise au Conseil par les saisissants, prendrait contact avec le rapporteur de la commission saisie du texte de la loi dans chaque assemblée, ainsi qu'avec un représentant des auteurs de la saisine pour qu'ils échangent toutes observations utiles à l'appui de leurs positions respectives». Sa démarche n'aboutit pas. Les bureaux des assemblées considérèrent que «le mandat du rapporteur prenait fin dès le vote définitif de la loi et qu'il ne pouvait s'étendre à la procédure d'examen de la conformité de celle-ci à la Constitution». À défaut de pouvoir établir un vrai procès entre deux parties, le Président Badinter concède qu'il dut se rabattre sur des expédients et il ne resta plus donc qu'à améliorer les règles internes au Conseil. «Ce fut l'objet de l'excellent guide interne rédigé par le secrétaire général Bruno Genevois dont le contenu, accru au fil des présidences successives, demeure encore le fondement de la procédure en vigueur. Son inspiration fondamentale était sans équivoque : assurer le respect des droits des saisissants, des représentants du secrétaire général du Gouvernement, améliorer le caractère contradictoire de la procédure par l'échange des mémoires, approfondir l'instruction de l'affaire par l'audition des saisissants, du secrétaire général du Gouvernement et de tout "sachant" utile à l'information et à la réflexion du rapporteur afin de mieux éclairer les conseillers lors du délibéré. Enfin, améliorer la présentation du recueil annuel des décisions et éventuellement commenter celles-ci pour que leur contenu et leur portée soient accessibles au public aussi bien qu'aux juristes spécialisés. Je rêvais pour ma part, de la tenue par le Conseil constitutionnel d'une audience publique où les arguments des requérants et du Gouvernement voire des représentants des groupes parlementaires pourraient intervenir devant le Conseil selon les mêmes modalités que devant une juridiction. Le moment n'était pas

court. It was not the time to realise that ambition, which is now available thanks to the exception of unconstitutionality.”

It was believed that the time had come with Nicolas Sarkozy's election as head of state. A series of major changes then took place. First, the Constitution was revised so that a law could be examined by the Constitutional Council to check its constitutionality after it had been promulgated. The Constitutional Act no. 2008-724 of 23 July 2008 (art. 29) thus added an Article 61-1 to the Constitution, as follows:

“(para. 1) If, during proceedings in progress before a court of law, it is claimed that a legislative provision infringes the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, the matter may be referred by the Conseil d'État or by the Cour de Cassation to the Constitutional Council which shall rule within a determined period.

(para. 2) An Institutional Act shall determine the conditions for the application of the present article.”

Secondly, the Institutional Act no. 2009-1523 of 10 December 2009, on the application of article 61-1 of the Constitution, would insert Chapter II bis of Order no. 58-1067, the Institutional Act on the Constitutional Council, and give it priority in the handling of the issue of constitutionality raised, both before the court asked to give an opinion on the matter (Art. 23-2, para. 5) and the supreme courts (the Conseil d'État and the Court of Cassation), if the question was transferred to them (Art 23-5, para. 2). The constitutionality of a promulgated law could therefore now be examined by the Constitutional Council, but it was not immediately understood that in any case, this was not a matter of dragging things out. Yet the speed involved was going to make it very difficult to engage in extensive discussions on constitutionality involving public opinion, as they exist in states that support judicial

venu de réaliser cette ambition, aujourd'hui accessible grâce à l'exception d'inconstitutionnalité ».

Avec l'élection de Nicolas Sarkozy à la magistrature suprême, l'on crut que ce moment était venu. De grands changements prirent alors place. Dans un premier temps, la Constitution fut révisée pour que la loi promulguée puisse dorénavant faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, (art. 29) ajouta à la Constitution un article 61-1 ainsi rédigé :

« (al. 1) Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

(al. 2) Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

Puis, dans un deuxième temps, la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution inséra notamment le chapitre II *bis* de l'ordonnance n° 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et donna un caractère prioritaire au traitement de la question de constitutionnalité soulevée aussi bien devant la juridiction saisie (art. 23-2, al. 5) que devant les cours suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation) si la question leur était transmise (art. 23-5, al. 2). La constitutionnalité de la loi promulguée pourrait donc désormais être contrôlée par le Conseil constitutionnel, mais on ne comprit pas tout de suite qu'en tout état de cause, il n'était pas question de faire traîner les choses. Or, cette rapidité allait rendre très difficile la possibilité d'engager de grands débats de constitutionnalité dans l'opinion publique comme il en

constitutionalism. At the time, even the sharpest minds were unable to see this and believed that this time, everything was going to change. Citizens were going to be able to take ownership of the Constitution because there was now a supreme court to which they could turn to exercise their rights and freedoms. France would be aligned with Germany or the United States. The President of the Constitutional Council, Jean-Louis Debré, seemed the most confident. He announced a supreme court: "The new constitutional provisions reflect a modern view, similar to that of our European neighbours, of the constitutional Supreme Court"³⁴.

The following year, when the day came to celebrate the entry into effect of the reform, the President of the Republic, Nicolas Sarkozy, calmed the enthusiasm down a notch, recalling at the outset:

"In our Republic, the Constitutional Council is the guardian of the separation of powers."³⁵

His words represented a swing of the pendulum back towards "the regulatory body for the operation of the public authorities" and continued:

"I do not believe that it (the Constitutional Council) is intended to become a Supreme Court sitting above all the other courts and establishing a judicial opposing force, competing with the legislative and executive powers, that would be contrary to the spirit of the reform and our Constitution. Our democracy has nothing to gain from a permanent dispute between the various powers and the various authorities through which it expresses itself."

existe dans les États qui adhèrent au constitutionnalisme judiciaire. Sur le moment, les meilleurs esprits ne le virent point et crurent que, cette fois, tout allait changer. Les citoyens allaient pouvoir s'approprier la Constitution parce que dorénavant il existait une cour suprême vers laquelle ils pourraient se tourner pour faire valoir leurs droits et libertés. La France allait s'aligner sur l'Allemagne ou les États-Unis. Le Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, semblait le plus confiant. Il annonçait une cour suprême : « Les nouvelles dispositions constitutionnelles traduisent une conception moderne, analogue à celle de nos voisins européens, de la Cour suprême constitutionnelle »³⁴.

L'année suivante, quand arriva le jour pour célébrer l'entrée en vigueur de la réforme, le Président de la République, Nicolas Sarkozy, rabaisa les enthousiasmes d'un ton, en rappelant d'entrée de jeu :

« Dans notre République, le Conseil constitutionnel est le gardien de la séparation des pouvoirs. »³⁵

C'était ramener le balancier à l'« organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics » et de poursuivre :

« Je crois qu'il (le Conseil constitutionnel) n'a pas vocation à devenir une Cour suprême coiffant toutes les juridictions et instaurant un contre-pouvoir judiciaire concurrent du législatif et de l'exécutif. Ce serait contraire à l'esprit de la réforme et à notre Constitution. Notre démocratie n'aurait rien à gagner à un conflit permanent entre les différents pouvoirs et différentes autorités à travers lesquels elle s'exprime. »

34 J.-L. Debré, "Closing remarks", *50th anniversary symposium of the Constitutional Council*, 3 November 2008, p. 7.

35 N. Sarkozy, Speech at the Constitutional Council on 1 March 2010, marking the entry into effect of Article 61-1 of the Constitution, *Cahiers of the Constitutional Council* no. 29, October 2010, p. 11 s., 16.

34 J.-L. Debré, « Discours de clôture », *Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel*, 3 novembre 2008, p. 7.

35 N. Sarkozy, Discours prononcé au Conseil constitutionnel le 1^{er} mars 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de l'article 61-1 de la Constitution, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 29, octobre 2010, p. 11 s., 16.

A year later, the Constitutional Council confirmed the official position, addressing the ambiguity which had hovered over its exact nature and status for 40 years. Using an expression that admittedly exists in the Constitution³⁶, but which it had never used until then, it described or rather re-described itself, given its decision of 1962, as a “constitutional public authority”.

B. The Constitutional Council: “the constitutional public authority”

1. The Social Security Finance Act 2012 decision

On 27 October 2011, during the debate on the bill on social security funding, the Government argued in the National Assembly that the checks carried out by the URSSAF (the administrative body responsible for collecting social security payments) and the Cour des comptes (national audit office) on the application of the rules on deducting social-security contributions had shown that they did not cover all public-sector employers; it therefore proposed an amendment to “extend the jurisdiction of the Cour des comptes to include the *supreme judicial bodies* (the Court of Cassation, the Conseil d’État and the Constitutional Council)”, which members of parliament agreed without any difficulty. When the Act was referred to it on a completely different matter, pertaining to parliamentary procedure, the Constitutional Council swiftly condemned the legislature, citing the separation of powers, for having included it in the “judicial bodies

Un an plus tard, le Conseil constitutionnel confirmait la position officielle ; il dissipa l’ambiguïté qui planait depuis quarante ans sur sa nature exacte et sur son statut. Utilisant une expression qui certes est contenue dans la Constitution³⁶, mais dont il ne s’était jamais servi jusque-là, il s’est qualifié, ou plutôt requalifié compte tenu de sa décision de 1962, de « pouvoir public constitutionnel ».

B. Le Conseil constitutionnel, « pouvoir public constitutionnel »

1. La décision Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012

Le 27 octobre 2011, lors de la discussion sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale, le Gouvernement fit valoir devant l’Assemblée nationale que les contrôles effectués par les URSSAF et la Cour des comptes sur l’application des règles relatives aux prélèvements sociaux avaient montré qu’elles ne couvraient pas l’intégralité des employeurs publics et il déposa un amendement aux fins « d’étendre la compétence de la Cour des comptes afin de procéder à une inclusion des *instances juridictionnelles suprêmes* (Cour de cassation, Conseil d’État, Conseil constitutionnel) », ce que les députés lui accordèrent sans difficulté. Saisi de la loi pour une question complètement différente, touchant à la procédure parlementaire, le Conseil constitutionnel a censuré d’office le législateur, au nom de la séparation des pouvoirs, pour l’avoir rangé au nombre des « organes juridictionnels mentionnés

36 The expression “constitutional public authority” is contained in the Constitution, notably in Article 16, which states: “Where the institutions of the Republic, the independence of the Nation, the integrity of its territory or the fulfilment of its international commitments are under serious and immediate threat, and where the proper functioning of the *constitutional public authorities* is interrupted, the President of the Republic shall take measures required by these circumstances, after formally consulting the Prime Minister, the Presidents of the Houses of Parliament and the Constitutional Council” (italics added).

36 L’expression « pouvoir public constitutionnel » est contenue dans la Constitution, notamment à l’article 16 qui dispose : « Lorsque les institutions de la République, l’indépendance de la nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux sont menacées d’une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des *pouvoirs publics constitutionnels* est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel » (italiques ajoutés).

referred to in the Constitution” alongside the Conseil d’État and the Court of Cassation, on the grounds that it was “one of the constitutional public authorities”³⁷. The description was not new: two members of the Constitutional Council, René Coty³⁸ and François Luchaire³⁹, had already ranked the institution among the constitutional public authorities. But, given the scale of the movement in favour of recognising the Constitutional Council as a true constitutional court, the official confirmation of the description “constitutional public authority” in 2011 had a symbolic value.

The *Social Security Finance Act 2012* decision is of prime importance for three reasons. First, the decision is exemplary in strengthening the independence of the institution by applying “the rule by which the constitutional public authorities themselves determine the funding needed for their operation” and recalling that “this rule is, indeed, inherent in the principle of their financial autonomy, which guarantees the separation of powers”⁴⁰. Secondly, it deals a fatal blow to the theory that it is a constitutional court of the kind that exists in other European democracies, for the simple reason that in French law the courts are not “powers” but authorities. Finally, by describing the Constitutional Council as a “constitutional public authority”, the *Social Security Finance Act 2012* placed the Council in a different orbit from that of the judicial authorities, whose mission consists entirely of protecting the rights and freedoms of individuals, towards which people wanted it to turn, on the grounds that it too protected rights

dans la Constitution » comme le Conseil d’État ou la Cour de cassation au motif qu’il « figure au nombre des pouvoirs publics constitutionnels »³⁷. La qualification n’était pas nouvelle, plusieurs membres du Conseil constitutionnel, René Coty³⁸ et François Luchaire³⁹, ayant déjà rangé l’institution parmi les pouvoirs publics constitutionnels. Mais, eu égard à l’ampleur du mouvement en faveur de la reconnaissance du Conseil constitutionnel comme véritable cour constitutionnelle, la confirmation solennelle en 2011 de la qualification de « pouvoir public constitutionnel » prend valeur de symbole.

La décision *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012* est capitale pour trois raisons. Tout d’abord, la décision conforte de manière exemplaire l’indépendance de l’institution en lui appliquant « la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement » et en rappelant que « cette règle est, en effet, inhérente au principe de leur autonomie financière qui garantit la séparation des pouvoirs »⁴⁰. Ensuite, elle porte un coup fatal à la théorie qui voudrait qu’il soit une cour constitutionnelle comme il en existe dans les autres démocraties européennes, pour la simple raison qu’en droit français les juridictions ne sont pas des « pouvoirs », mais des « autorités ». Enfin, en qualifiant le Conseil constitutionnel de « pouvoir public constitutionnel », la décision *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012* a placé le Conseil constitutionnel sur une autre orbite que celle des autorités juridictionnelles dont la mission s’absorbe

37 Decision no. 2011-642 DC of 15 December 2011, *Social Security Finance Act 2012*, cons. 7.

38 Session of 2 October 1962, *Opinion on the referendum on the election of the President of the Republic by direct universal suffrage* (unofficial opinion), *Les grandes délibérations*, supra note 11, p. 101.

39 Session of 27 May 1968, *Opinion on the draft referendum on university, social and economic reform*, *ibid.*, p. 174.

40 Decision no. 2001-456 DC of 27 December 2001, *Finance Act for 2002*, cons. 46 and 47. The rule is well established: see Decision no. 2001-448 DC of 25 July 2001, *Institutional Act on Finance Acts*, cons. 25.

37 Décision n° 2011-642 DC du 15 décembre 2011, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012*, cons. 7.

38 Séance du 2 octobre 1962, *Avis sur le référendum relatif à l’élection du Président de la République au suffrage universel direct* (avis officieux), *Les grandes délibérations*, supra note 11, p. 101.

39 Séance du 27 mai 1968, *Avis sur le projet de référendum relatif à la rénovation universitaire, sociale et économique*, *ibid.*, p. 174.

40 Décision n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, cons. 46 et 47. La règle est établie depuis longtemps, v. Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, cons. 25.

and freedoms. The difficulty is that the Defender of Rights also protects rights and freedoms, yet the Constitutional Council had refused to recognise it as a "constitutional public authority" just a few months before applying the same description to itself⁴¹. It therefore follows that being a constitutional public authority depends on a criterion that neither the judicial authorities nor the Defender of Rights possess. What is it? The answer lies in identifying the functions exercised by the bodies that do have this quality.

Comparing their functions and trying to identify the common thread that unites them, it does seem that by making the Constitutional Council a "constitutional public authority", the *Social Security Finance Act 2012* put the institution on a par with Parliament and the government, which are democratic bodies because they are elected; it compared it with them because, although its members are not elected, the Constitutional Council is also a democratic body on the same basis they are, but not for the same reason or in the same way.

Admittedly, "the method of investiture (and) the functions (of the Constitutional Council) do not make it a representative of the general will in any way"⁴². Its members are not elected, but appointed by the President of the Republic, the President of the National Assembly and the President of the Senate,

tout entière dans la protection des droits et libertés de chacun et sur laquelle on veut la voir tourner au motif qu'il protège les droits et libertés. La difficulté est que le Défenseur des droits, lui aussi, protège les droits et libertés et que, pourtant le Conseil constitutionnel a refusé de lui reconnaître la qualité de « pouvoir public constitutionnel », quelques mois seulement avant de se l'attribuer⁴¹. C'est donc que la qualité de pouvoir public constitutionnel dépend d'un critère que ni les autorités juridictionnelles, ni le Défenseur des droits ne possèdent. Quel est-il ? La réponse est à rechercher dans les fonctions exercées par les organes qui ont cette qualité.

En comparant leurs fonctions, en cherchant le trait commun qui les unit, il semble bien qu'en faisant du Conseil constitutionnel un « pouvoir public constitutionnel », la décision *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012* ait élevé l'institution au même niveau que le Parlement et le gouvernement qui sont des organes de la démocratie parce qu'ils sont élus ; elle l'a rapproché d'eux parce que, même si ses membres ne sont pas élus, le Conseil constitutionnel est, lui aussi, un organe de la démocratie au même titre qu'eux, mais pas pour la même raison, ni de la même manière.

Certes, « le mode d'investiture (et) les fonctions (du Conseil constitutionnel) n'en font point un représentant de la volonté générale »⁴². Ses membres ne sont pas élus, mais nommés par le Président de la République, le Président de l'Assemblée

41 Decision no. 2011-626 DC of 29 March 2011, *Institutional Act on the Defender of Rights*, recital 5: "By establishing the Defender of Rights as an "independent constitutional authority", the first paragraph of Article 2 (of the Institutional Act) recalls that it is an administrative authority whose independence is rooted in the Constitution; that the effect of this provision is not to include the Defender of Rights in the ranks of the constitutional public authorities" (italics added). The same conclusion had been reached previously by the Conseil d'État about the Mediator, CE Ass. 10 July 1981, *Retail*, Rec. p. 303; RDP, 1981, p. 1441, concl. M. Franc.

42 Declaration by Doyen Vedel during the debate on decision no. 80-127 DC, *Security and Freedom*, Session of 19 January 1981, *Les grandes délibérations*, supra note 11, p. 374.

41 Décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, cons. 5 : « En érigeant le Défenseur des droits en "autorité constitutionnelle indépendante", le premier alinéa de l'article 2 (de la loi organique) rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels » (italiques ajoutées). C'est ce qu'avait jugé en son temps le Conseil d'État à propos du Médiateur, CE Ass. 10 juillet 1981, *Retail*, Rec. p. 303 ; RDP, 1981, p. 1441, concl. M. Franc.

42 Déclaration du Doyen Vedel lors de la délibération sur la décision n° 80-127 DC, *Sécurité et Liberté*, Séance du 19 janvier 1981, *Les grandes délibérations*, supra note 11, p. 374.

each of which appoint three members every three years, for a non-renewable term of nine years. One decisive point, however, is that each of these three authorities sits at the head of a constitutional public authority and that each is deemed totally independent in legal terms: the President of the Republic because of the initial will of the authors of the constitution and the duties inherent in the function (Article 5 of the Constitution), which prevent them from being placed in the hands of a party leader, and the President of the National Assembly and the President of the Senate on the basis of parliamentary tradition. All three bodies are deemed to be "above the parties" and above policy, which is the business of the Government and its head, the Prime Minister. Each represents the permanence of the Republic in its own way: the State, in its historical continuity with the President of the Republic, the Nation in its unity and diversity with the President of the National Assembly, and France and its territories with the President of the Senate. Two of them would not have been chosen if the Constitutional Council had been designed as a court. Could we imagine the President of the National Assembly or the President of the Senate being entitled to appoint the members of the Court of Cassation or the litigation section of the Conseil d'État? It is therefore right that the Constitutional Council was not designed as a court and even if it might act as one, it is not on the basis of its composition, its decisions or its mission, but its procedure. We will return to this point.

Positioned between the four constitutional public authorities that are the institutions of French democracy – the President of the Republic, the Government, the National Assembly and the Senate, but only made up of the three that are independent of the parties, the Constitutional Council is a democratic body because the sole purpose of all its functions, as we will see, is to help them to ensure that the democratic processes the authors of the constitution wanted function effectively. It is there, as has been said, to ensure that the general will is expressed "in accordance with the

nationale, le Président du Sénat, à raison de trois chacun tous les trois ans, pour un mandat de neuf ans non renouvelable. Cependant, un point décisif est que chacune de ces trois autorités est placée à la tête d'un pouvoir public constitutionnel et que chacune est juridiquement réputée totalement indépendante, le Président de la République à cause de la volonté initiale du constituant et des devoirs de sa fonction (article 5 de la Constitution) qui excluent qu'elles puissent être entre les mains d'un chef de parti, le président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat à cause de la tradition parlementaire. Ces trois organes sont censés être « au-dessus des partis », au-dessus de la politique qui est l'affaire du Gouvernement et de son chef, le Premier ministre. Chacun à sa manière représente les éléments permanents de la République : l'État dans sa continuité historique avec le Président de la République, la Nation dans son unité et sa diversité avec le Président de l'Assemblée nationale, la France et ses territoires avec le Président du Sénat. Deux d'entre elles n'auraient pas été choisies si le Conseil constitutionnel avait été conçu pour être une cour. Imaginerait-on que le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat puissent désigner les membres de la Cour de cassation ou de la Section du contentieux du Conseil d'État ? C'est donc bien que le Conseil constitutionnel n'a pas été pensé en tant que juridiction et que s'il peut en être une, ce n'est ni par sa composition, ni par ses décisions, ni pas ses missions, mais par sa procédure. Nous y reviendrons.

Placé entre les quatre pouvoirs publics constitutionnels qui forment les institutions de la démocratie française, le Président de la République, le Gouvernement, l'Assemblée nationale et le Sénat, mais composé seulement par les trois d'entre eux qui sont indépendants des partis, le Conseil constitutionnel est un organe de la démocratie parce que toutes ses fonctions, on va le voir, n'ont pour seul but que de les assister à faire bien fonctionner les processus démocratiques voulus par le constituant. Il est là, comme il l'a dit, pour veiller à ce que la

Constitution”⁴³. The primary raison d’être of the Constitutional Council is therefore not defending an individual whose rights have been infringed, not least because the victim is unable to refer their case to it directly. The Council’s primary raison d’être is to point out to the majority how not to be tyrannical and, while it is true that the introduction of the priority preliminary ruling on the issue of constitutionality (QPC) creates a confrontation, at the instigation of anyone involved in legal proceedings, between the law and the rights and freedoms guaranteed under the constitution, it is not the rights of the individual that justify the possible unconstitutionality of the law, but the defects in the law in terms of the protection it is supposed to provide.

2. The nature of the institution

In describing itself as a “constitutional public authority”, the Constitutional Council confirmed that it was not a judge in the strict sense of the term, and it was right. As Pierre Chatenet said in 1974, during the debate on the *Finance Act for 1975*: “We are not a court. The decision was not made for those who referred the matter to us”⁴⁴. The member of the Conseil d’État hit on a fundamental point here. The Constitutional Council is not a judge because it does not deal with people involved in legal proceedings. It does not hear individual cases and is never asked to rule on matters that pit individuals against each other, with one side making accusations and the other defending its position. It does not judge anyone, neither the head of state, on the grounds of “a breach of his duties patently incompatible with his continuing in office” (art. 68, paragraph 1 of the Constitution), who is judged by Parliament acting as a High Court – while the European constitutional courts do judge politicians, for example, the German Constitutional Court which, in accordance with a long-established

volonté générale s’exprime « dans le respect de la Constitution »⁴³. La première raison d’être du Conseil constitutionnel n’est donc pas dans la défense d’un individu dont un droit est lésé, ne serait-ce que parce que la victime ne peut pas le saisir directement. La première raison d’être du Conseil est de montrer la voie à la majorité pour ne pas être tyrannique et s’il est vrai que l’institution de la QPC fait naître, à l’initiative du justiciable, une confrontation de la loi aux droits et libertés constitutionnellement garantis, ce ne sont pas les droits du justiciable qui justifient l’inconstitutionnalité possible de la loi, mais les vices de celle-ci dans la protection qu’elle est censée leur donner.

2. La nature de l’institution

En se qualifiant de « pouvoir public constitutionnel », le Conseil constitutionnel a affirmé qu’il n’était pas un juge, à proprement parler, et il a raison. Comme l’a dit Pierre Chatenet en 1974 au cours de la délibération sur la *Loi de finances pour 1975* : « Nous ne sommes pas une juridiction. La décision n’a pas été faite pour ceux qui nous ont saisis (*sic*) »⁴⁴. Le conseiller d’État touchait là un point fondamental. Le Conseil constitutionnel n’est pas un juge parce qu’il n’a pas de justiciables. Il ne connaît pas de cas particuliers, il n’est jamais saisi de ces affaires qui mettent aux prises les individus en lutte les uns contre les autres avec des hommes qui accusent et d’autres qui se défendent. Il ne juge personne, ni le chef de l’État « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l’exercice de son mandat » (art. 68, 1 de la Constitution) lequel est jugé par le Parlement constitué en Haute Cour – alors que les cours constitutionnelles européennes jugent les hommes et les femmes politiques, ainsi, de la Cour constitutionnelle allemande qui, conformément à une tradition germanique

⁴³ Decision no. 85-197 DC of 23 August 1985, *Act on the development of New Caledonia*, recital 27.

⁴⁴ Quotation reported in comments by F. Hourquebie, W. Mastor, F. Mélin-Soucrmanien, in *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 245.

⁴³ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l’évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 27.

⁴⁴ Citation rapportée dans les commentaires de F. Hourquebie, W. Mastor, F. Mélin-Soucrmanien, in *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 245.

Germanic tradition⁴⁵, judges the Federal President if they are accused by either the Bundestag or the Bundesrat for a "deliberate breach of the Basic Law or another federal law (art. 61, paragraph 1, Basic Law) or the Italian Constitutional Court, which rules on accusations levelled at the President of the Republic (art. 134, Italian Constitution), nor ministers⁴⁶.

Even in electoral disputes, the Constitutional Council does not judge an individual but an operation with its manoeuvres, low blows and fraud. Admittedly, electoral disputes are legal proceedings and there is a lot of similarity between the case law of the Constitutional Council and the Conseil d'État in electoral matters. However, like the Conseil d'État when it rules on municipal, departmental or regional elections, when the Constitutional Council is judging the lawfulness of elections to Parliament, it is not directly interested in the perpetrators or commissioners of fraudulent acts – it is not the Council that decides whether they have breached the threshold of dishonesty that places them within the scope of the criminal law – but first and foremost, in the conduct of the electoral process itself. Was it carried out in the conditions democracy demands? Regardless of the degree of perversity of the alleged fraud or manipulation, it has no interest in subjective elements and the election will be valid provided that "assuming they are proven, the irregularities reported (have) no influence in the results of the election, given the difference in the number of votes"⁴⁷.

établie de longue date⁴⁵, juge le Président fédéral sur mise en accusation par le Bundestag ou le Bundesrat pour « violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale » (art. 61, 1 LF) ou de la Cour constitutionnelle italienne qui juge les accusations contre le Président de la République (art. 134 Constitution italienne) – ni les ministres⁴⁶.

Même dans le contentieux électoral, le Conseil constitutionnel ne juge pas un individu, mais une opération avec ses manoeuvres, ses coups bas et ses fraudes. Certes, le contentieux électoral est un plein contentieux et il y a une grande similitude des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État en matière électorale. Cependant, comme le Conseil d'État lorsqu'il juge les élections municipales, départementales ou régionales, le Conseil constitutionnel qui statue sur la régularité des élections au Parlement ne s'intéresse pas directement aux auteurs ou aux commanditaires des actes frauduleux – ce n'est d'ailleurs pas lui qui les juge s'ils ont franchi le seuil de la malhonnêteté qui les fait tomber sous le coup de la loi pénale – il s'intéresse d'abord et avant tout à l'opération électorale en elle-même. A-t-elle été conduite dans les conditions que la démocratie exige ? Quel que soit le degré de perversité des fraudes ou des manoeuvres alléguées, ces aspects subjectifs ne l'intéressent pas et l'élection sera validée, dès lors qu'« à les supposer établies, les irrégularités dénoncées (sont) sans influence sur les résultats du scrutin, eu égard à l'écart des voix »⁴⁷.

45 A. Le Divellec, "Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945", in *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII^e-XX^e siècles*, D. Chagnollaud (dir.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 103 s.

46 The tradition in France, at least since 1814, is for ministers to be judged by the Upper Chamber of Parliament, see A. Le Divellec, *ibid.*, p. 113.

47 See D. Chamussy, *Presentation of the Constitutional Council, year-end 2007*, Cycle de perfectionnement des collaborateurs parlementaires, École nationale d'administration, p. 42, available online on the Constitutional Council website: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/ena2007.pdf.

45 A. Le Divellec, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in *Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII^e-XX^e siècles*, D. Chagnollaud (dir.), Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 103 s.

46 La tradition en France, tout au moins depuis 1814, est de faire juger les ministres par la chambre haute du Parlement, v. A. Le Divellec, *ibid.*, p. 113.

47 V. D. Chamussy, *Présentation du Conseil constitutionnel à la fin de l'année 2007*, Cycle de perfectionnement des collaborateurs parlementaires, École nationale d'administration, p. 42, disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/ena2007.pdf.

The Constitutional Council is not directly interested in individuals and their rights and freedoms, unless it is in relation to an examination of the constitutionality of the law that the legislature wants or has wanted to apply, when it is giving a priority preliminary ruling on the issue of constitutionality (QPC), a procedure in which people have attempted to identify a complete transformation of the institution; even in this case, however, the Council is still only interested in the individual indirectly. Individuals can never address the Council directly⁴⁸, even if they are a member of parliament and the author of a submission filed to support the request lodged by 60 of their colleagues⁴⁹. A simple citizen in the context of a priority preliminary ruling, cannot refer their case or present arguments through a lawyer claiming that their rights have been breached in the way that citizens can in the United States (*judicial review*), Spain (*recurso de amparo*), or Germany (claim of unconstitutionality, known as *Verfassungsbeschwerde*). Individuals are so far removed from the Constitutional Council that they cannot bring their own case to it. Only one of the Supreme Courts (the Court of Cassation or the Conseil d'État) can do so on their behalf and when they do so, their particular fate as an individual involved in legal proceedings counts for so little, that the Council does not require any standing to rule on the question of constitutionality before it. Admittedly, a lawyer attends to present their client's case insofar as the term 'case' is valid, when there is no discussion of the facts that have given rise to it, but only the law that is supposed to govern it. Their role is not so much to defend their client as to challenge the law being imposed on them, and they can only do so impersonally. The impersonality of an examination of the law,

Le Conseil constitutionnel ne s'intéresse pas directement à l'individu, à ses droits et à ses libertés, si ce n'est à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi que le législateur veut, ou a voulu lui appliquer, autrement dit, lorsqu'il statue sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), procédure dans laquelle on a voulu voir les prémices d'une transformation complète de l'institution, mais même, dans ce cadre, le Conseil ne s'intéresse à l'individu que toujours indirectement. Celui-ci ne peut jamais s'adresser directement à lui⁴⁸, fût-il député et auteur d'un mémoire complémentaire déposé à l'appui du recours formé par soixante de ses collègues⁴⁹. En tant que simple citoyen dans le cadre d'une QPC, il ne peut pas le saisir de son affaire et arguer par la voix d'un avocat de la violation de ses droits comme peut le faire n'importe quel citoyen aux États-Unis (*judicial review*), en Espagne (*recurso de amparo*), ou en Allemagne (recours d'inconstitutionnalité, dit *Verfassungsbeschwerde*). L'individu est si loin du Conseil constitutionnel qu'il ne peut pas lui apporter lui-même son affaire. Seule, l'une des cours suprêmes (Cour de cassation, Conseil d'État) peut le faire pour lui et, lorsqu'elles le font, son sort particulier en tant que justiciable compte si peu que 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 donc moins son client qu'il n'attaque la loi qu'on veut lui appliquer et il ne peut le faire que de manière impersonnelle. L'impersonnalité du contrôle de la loi, même en QPC, est d'ailleurs accentuée par le Conseil

48 Decision no. 82-146 DC of 18 November 1982, *Act amending the Electoral Code and the Code of Municipalities and governing the election of municipal councillors and the conditions for entry of French nationals residing outside France in electoral registers*, recital 1.

49 Decision no. 81-133 DC of 30 December 1981, *Finance Act for 1982*, recital 3.

48 Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le Code électoral et le Code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales*, cons. 1.

49 Décision n° 81-133 DC du 30 décembre 1981, *Loi de finances pour 1982*, cons. 3.

even for QPCs, is also emphasised by the Constitutional Council itself, which takes care only to rule on a particular phrase, which it always isolates carefully, in the relevant legislative provision and which in most cases, consists of just a few words. The fundamental point is that the QPC has resulted in an abstract examination, after the event, of the provisions of the law in light of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution.

But surely it is clear to everyone that a judge with no litigants, claimants or defendants is not a real judge? Even Kelsen said so. In his founding article on the judicial guarantee provided by the Constitution, he remarked:

"The body tasked with making unconstitutional laws null and void, even if the independence of its members means it is organised like a court, does not really function as a judicial body. As far as it is possible to distinguish between them, the difference between the judicial and legislative functions mainly consists in the fact that the latter creates general norms, while the former creates only individual norms. Yet rendering a law null and void establishes a general norm, since doing so is a general act in the same way as creating a law is, except that it is, so to speak, a creation with a minus sign, and therefore a legislative function. A court that has the power to render laws null and void is consequently a legislative authority."⁵⁰

The idea to which French legal opinion currently attaches such a high price, which alleges that the Constitutional Council is a judge because "it states the law" is a nice example of the pitfalls of the comparative method when it is not well understood. This argument, which has been analysed to death by legal writers, is borrowed from US law. John Marshall used it in the *Marbury v. Madison* ruling

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 a débouché sur un contrôle abstrait a posteriori des dispositions de la loi au regard des droits et libertés garantis par la Constitution.

Mais qui ne voit qu'un juge qui n'a pas de justiciables n'est pas un vrai juge? Même Kelsen le disait. Dans son article fondateur sur « La garantie juridictionnelle de la Constitution », il remarquait :

« L'organe à qui est confié l'annulation des lois inconstitutionnelles, même s'il reçoit – par l'indépendance de ses membres – l'organisation d'un tribunal, n'exerce cependant pas véritablement une fonction juridictionnelle. Pour autant qu'on puisse les distinguer, la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, consiste avant tout en ce que celle-ci crée des normes générales, tandis que celle-là ne crée que des normes individuelles. Or annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. »⁵⁰

L'idée à laquelle la doctrine française attache aujourd'hui un si grand prix, qui voudrait que le Conseil constitutionnel soit un juge parce qu'« il dit le droit » est un bon exemple des chausse-trappes de la méthode comparative lorsqu'elle n'est pas maîtrisée. Cet argument ressassé à satiété par les auteurs est emprunté au droit américain. C'est John Marshall qui l'invoqua dans l'arrêt *Marbury v. Madison*

50 H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)", *RDP*, t. 45 (1928) p. 197 s., 224-225.

50 H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle) », *RDP*, t. 45 (1928) p. 197 s., 224-225.

as the basis of judicial review of the constitutionality of laws: "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is"⁵¹. The phrase is undoubtedly true in the United States, but it is not pertinent in French law. The "law" to which John Marshall refers is not positive law for a French lawyer, because in French law, the only positive law, or law in effect, if one prefers, is imposed by statute: the law is the expression of the general will and there is no other kind. The old *common law*, established by the courts, the "perfection of reason" in the words of Blackstone, who constructed it, no longer exists in French law: the fundamental innovation of the French Revolution was to state that there was no longer any positive law that was not the expression of the general will, with the result that all the law is contained in statute. But in *common law* systems and all states where there is a process of judicial review of constitutionality, there is no confusion between law and statute⁵²; statute is not truly deemed positive law unless it conforms to this "*higher law*"⁵³. In France, this "higher law" is now no longer ignored, since it is expressed in the review of constitutionality of the ordinary law, but it is entirely contained within the Constitution and cannot be contained elsewhere.

Based on the above, it is impossible, in French law, to draw a distinction between the legislature that creates statute and the judges who state the law; the legislature necessarily states the law too. What does it do, if it does not state the law? It

pour fonder le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois : « C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit »⁵¹. L'adage est incontestablement vrai aux États-Unis, mais il n'est pas pertinent en droit français. Le « droit » auquel se réfère John Marshall n'est pas du droit positif pour un juriste français parce que, en droit français, il n'y a de droit positif, de droit en vigueur, si l'on préfère, que posé par la loi ; la loi est l'expression de la volonté générale et il n'y en a pas d'autre. Le vieux droit commun, dégagé par les cours et tribunaux, cette perfection de la raison comme disait Blackstone qui a construit la *common law*, n'existe plus en droit français ; c'est l'innovation fondamentale de la Révolution française que d'avoir dit qu'il n'y a plus de droit positif qui ne soit l'expression de la volonté générale de sorte que le droit est tout entier contenu dans la loi. Mais, dans les systèmes de *common law* et dans tous les États où il existe un contrôle judiciaire de constitutionnalité, droit et loi ne sont pas confondus⁵² ; la loi n'est véritablement du droit positif que si elle est conforme à ce « droit plus haut » (*higher law*)⁵³. En France, ce « droit plus haut » n'est plus ignoré aujourd'hui puisqu'il s'exprime dans le contrôle de constitutionnalité de la loi ordinaire, mais il est tout entier contenu dans la Constitution, et il ne peut être contenu ailleurs.

De ce qui précède, il résulte qu'il est impossible en droit français d'opposer le législateur qui dit la loi et le juge qui dirait le droit ; le législateur nécessairement aussi dit le droit. Que fait-il s'il ne dit pas

51 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803)

52 In Germany, for example, the Basic Law makes a clear distinction between "law" and "statute" in Article 20, para. 3: "The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice". It is interesting to note that the "law" only binds the executive and the judiciary, so the main usefulness of the clause lies primarily in the need to be able to cover any gaps in statute.

53 The notion of a higher law underpinning the review of the constitutionality of laws in the United States comes directly from the *common law*, see E.C.S. Corwin, "The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law", *Harvard Law Review*, vol. 42 (1928), p. 149 s.

51 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

52 Ainsi, en Allemagne, la Loi fondamentale fait clairement la distinction entre « droit » et « loi » dans l'article 20, al. 3 : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ». On notera que le « droit » ne lie que les pouvoirs exécutif et judiciaire, de sorte que l'utilité de la clause est à rechercher surtout dans le besoin de pouvoir combler d'éventuelles lacunes dans les lois.

53 La notion de droit plus haut auquel s'adosse le contrôle de constitutionnalité des lois aux États-Unis vient en droite ligne de la *common law*, v. E.C.S. Corwin, « The "Higher Law" Background of American Constitutional Law », *Harvard Law Review*, vol. 42 (1928), p. 149 s.

is clearly the case that, if statute does not state the law, it is merely an exhortation, a wish, a state of mind, and not a statute. The Constitutional Council has deemed that: "Subject to the particular provisions set out in the Constitution, the purpose of the law is to set out rules and must therefore be normative in scope"⁵⁴. Under these conditions, it was natural for the Constitutional Council to be aligned with the legislature, rather than the judicial authorities. This does not mean that it has espoused Kelsen's thesis, which viewed the activities of the constitutional judge as those of a "negative lawmaker (...) absolutely determined by the Constitution"⁵⁵, a rhetorical figure on which Doyen Vedel commented amusingly, referring to a judge who can "use the eraser but not the pencil"⁵⁶ – which we take as proof that, very occasionally, the legislator has discreetly been able to contradict the great lawyer⁵⁷. Nor does this mean that the Constitutional Council never states the law: it certainly does, when it expresses reservations on interpretation⁵⁸, or when it advises the President of the Republic on the use of Article 16, or when it decides whether a law that has been adopted complies with the Constitution. But it does mean that the Constitutional Council has made its decision and that for it, the

le droit ? C'est si vrai que, si la loi ne dit pas le droit, elle n'est qu'une exhortation, un vœu, un état d'âme, et elle n'est pas une loi. Le Conseil constitutionnel a jugé que : « Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative »⁵⁴. Dans ces conditions, il était dans la nature des choses que le Conseil constitutionnel se range du côté du législateur, non du côté des autorités juridictionnelles. Cela ne signifie pas qu'il ait épousé la thèse de Kelsen qui voyait l'activité du juge constitutionnel comme celle d'un « législateur négatif (...) absolument déterminée par la Constitution »⁵⁵, figure de rhétorique que commentait plaisamment le Doyen Vedel en parlant d'un juge qui peut « utiliser la gomme, mais pas le crayon »⁵⁶ – on en veut pour preuve que le fait que, très exceptionnellement, le législateur a pu discrètement démentir le grand juriste⁵⁷. Cela ne signifie pas non plus que le Conseil constitutionnel ne dit jamais le droit ; il le dit certainement lorsqu'il formule des réserves d'interprétation⁵⁸, ou lorsqu'il conseille le Président de la République sur le recours à l'article 16, ou lorsqu'il décide de la conformité de la loi votée à la Constitution. Mais cela veut dire que le

54 Decision no. 2004-500 DC of 29 July 2004, *Institutional Act on the financial independence of local authorities*, recital 12; Decision no. 2005-512 DC of 21 April 2005, *Framework Act on the future of schools*, recital 8; Decision no. 2005-516 DC of 7 July 2005, *Framework Act on the direction of energy policy*, recital 4.

55 H. Kelsen, "La garantie juridictionnelle de la constitution", *supra* note 50, p. 226.

56 R. Badinter, "Du côté du Conseil constitutionnel", *RFDA* 2002, p. 207, text between notes 6 and 7; B. Genevois, "Un universitaire au Conseil constitutionnel: le doyen Georges Vedel", *RFDA* 2004, p. 218, note 32; see also decision 87-230 DC, *Act on various social measures*, recitals 12 and 13.

57 Decision no. 2005-519 DC of 29 July 2005, *Institutional Act pertaining to social security finance acts*, where the Constitutional Council took a twofold approach, removing from the ordinary law provisions that were essentially institutional (recital 43) and classifying as institutional acts provisions that had been wrongly classified as ordinary law (recital 44).

58 See, for example, Decision no. 99-419 DC of 9 November 1999, *Act on the civil partnership*, recitals 22 to 91 and the critique by N. Molfessis, "La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel", *La Semaine juridique*, Édition générale, 2000, no. s.n., p. 399-407.

54 Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, cons. 12 ; Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 8 ; Décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, cons. 4.

55 H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *supra* note 50, p. 226.

56 R. Badinter, « Du côté du Conseil constitutionnel », *RFDA* 2002, p. 207, texte entre les notes 6 et 7 ; B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Georges Vedel », *RFDA* 2004, p. 218, note 32 ; v. aussi la décision 87-230 DC, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 12 et 13.

57 Décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, où le Conseil constitutionnel procède à une double démarche : il décline en loi ordinaire des dispositions ayant le caractère de loi organique (cons. 43) et il classe en loi organique des dispositions classées à tort en loi ordinaire (cons. 44).

58 V. par exemple, Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cons. 22 à 91 et la critique de N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil constitutionnel », *La Semaine juridique*, Édition générale, 2000, n° s.n., p. 399-407.

debate over its status is closed. It is not and does not want to be a constitutional court, in the same way that the Conseil d'État is not and does not want to be an administrative court. Perhaps we should recall that the Conseil d'État rejected the idea that its members attached to the litigation section should be described as "administrative judges" when this description has been applied without difficulty to members of the administrative courts and administrative courts of appeal since 1986? The reason is that the Conseil d'État, like the Constitutional Council, is much too close to the legislative branch to be a court. As it has stated itself, it is an independent constitutional power that revolves around the Parliament, not the judicial authorities, in either the ordinary or administrative courts.

The Constitutional Council has so little to do with judges that it does things that a sitting judge either does not do, or is prohibited from doing. For example, in terms of procedure, a member of the Constitutional Council who is appointed as the rapporteur for a case does not behave like a judge, even though they have always endeavoured to ensure that all sides are fully involved and that they are aware of all the arguments put forward. It has long been accepted that the Constitutional Council allows arguments other than those presented by those officially seeking an opinion, put forward spontaneously by third parties, to be included in the debate via the "narrow doors" technique: the rapporteur is always aware of them, but does not always take them into account. The practice has been both criticised and defended by legal writers; President Fabius decided to ensure it was published. There is therefore no doubt that the procedure is adversarial in nature, but it is not judicial. This can be seen in the fact that the rapporteur, unlike a sitting judge, has contact with the outside world, exchanging phone calls with the Government's Secretary General, the Conseil d'État and ministers, which in principle, a judge refrains from doing in order

Conseil constitutionnel a tranché et que, pour lui, le débat sur son statut est clos. Il n'est pas et ne veut pas être une cour constitutionnelle de la même manière que le Conseil d'État n'est pas et ne veut pas être une cour administrative. Faut-il rappeler que le Conseil d'État a refusé pour lui en particulier, pour ses membres affectés à la Section du contentieux, de recevoir la qualité de « magistrats administratifs » alors qu'en revanche, ladite qualité est attribuée sans difficulté depuis 1986 aux membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel? C'est que, comme le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel est bien trop proche du pouvoir législatif pour être une cour. Comme il l'a dit lui-même, il est un pouvoir constitutionnel indépendant en révolution autour du Parlement, non autour de l'autorité juridictionnelle, qu'elle soit judiciaire ou administrative.

Le Conseil constitutionnel est si peu en révolution autour des juges qu'il fait des choses qu'un juge du siège ne fait pas, voire s'interdit de faire. Par exemple, s'agissant de la procédure, le conseiller constitutionnel nommé rapporteur dans une affaire ne se comporte pas comme un juge, même s'il s'efforce de toujours faire en sorte que la procédure soit pleinement contradictoire et qu'il puisse prendre connaissance de toutes les thèses en présence. Il est admis depuis longtemps que le Conseil constitutionnel permet aux arguments autres que ceux présentés par les saisissants officiels et qui émanent spontanément des tiers d'entrer dans le débat par la technique des « portes étroites » ; le rapporteur en prend toujours connaissance, mais il n'en tient pas toujours compte. La pratique a été tout à la fois critiquée et défendue en doctrine ; le Président Fabius a décidé d'en assurer la publication. Il n'est donc pas douteux que la procédure a un caractère contradictoire, mais elle n'est pas judiciaire. Ce trait se manifeste par le fait que le rapporteur à l'inverse d'un juge du siège a des contacts avec l'extérieur, il échange des communications téléphoniques avec le Secrétaire général du Gouvernement, avec le Conseil d'État,

to protect their impartiality. The procedure used, particularly in an a priori review, is essentially inquisitorial, which is not unusual in France and may even seem quite normal, but prompts scepticism, if not outright incredulity, in *common law* systems, over the allegedly judicial nature of the institution, because *ex parte* contacts are at odds with the judicial tradition and may even be prohibited by judicial ethics. Similarly, the consultative functions of the Constitutional Council fall outside the judicial orbit and play a similar role to that of certain European constitutional courts, which have been given authority to settle conflicts between bodies. The analogy was suggested by Simone Veil about the "arbitrage function" initially assigned to the Constitutional Council to draw a distinction between laws and regulations⁵⁹ and it is certainly attractive, but with one reservation, which is that unlike the German court, for example, the Constitutional Council gives advice, in particular to the President of the Republic: it suggests, but does not make decisions.

The fact is that the Constitutional Council does not have jurisdiction defined by a general clause that would task it, as the German court is, with settling "difficulties relating to the application of the Constitution" or "ruling on disputes between public bodies"⁶⁰. Moreover, when the President of the National Assembly asks for an opinion on the admissibility of an anti-government motion lodged during the implementation of Article 16, the Constitutional Council is not competent to decide on it. Furthermore, even within the context of its purely consultative

avec les ministères, ce qu'en principe, un juge s'interdit de faire pour préserver son impartialité. La procédure suivie, surtout dans le contrôle a priori, est de nature inquisitoriale, ce qui ne choque pas en France et paraît même tout à fait normal, mais qui laisse sceptique, pour ne pas dire incrédule dans les systèmes de *common law*, sur la nature prétendument juridictionnelle de l'institution parce que les contacts *ex parte* ne sont pas dans la tradition judiciaire et sont même interdits par la déontologie judiciaire. De même ne rentrent pas dans l'orbite judiciaire les fonctions consultatives que tient le Conseil constitutionnel et qui jouent un rôle analogue à celui tenu par certaines cours constitutionnelles européennes qui ont reçu compétence pour trancher des conflits entre organes. L'analogie était suggérée par Simone Veil à propos de la « fonction d'arbitrage » initialement confiée au Conseil constitutionnel pour opérer le partage entre la loi et le règlement⁵⁹ et, de fait, elle est séduisante mais, à une réserve près, c'est qu'à la différence, par exemple, de la Cour allemande, le Conseil constitutionnel donne des conseils, notamment au Président de la République : il suggère, mais il ne décide rien.

C'est que le Conseil constitutionnel ne possède pas une compétence définie par une clause générale qui le chargerait comme la Cour allemande de trancher « les difficultés relatives à l'application de la Constitution » ou « de statuer sur les différends entre les organes des pouvoirs publics »⁶⁰. Aussi bien, saisi par le Président de l'Assemblée nationale d'une demande d'avis sur la recevabilité d'une motion de censure déposée pendant la mise en œuvre de l'article 16, le Conseil constitutionnel n'est-il pas compétent pour en décider. Par

⁵⁹ S. Veil, Introductory speech, 13 November 2006, previously cited *supra* note 22.

⁶⁰ Consultation with Professor Vedel published in *Le Monde* on 14 September 1961, and cited by the President of the Constitutional Council, Léon Noël, Session of 14 September 1961, Request for an opinion on an anti-government motion, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, Dalloz, 2014, p. 94.

⁵⁹ S. Veil, Discours introductif, 13 novembre 2006, précédé *supra* note 22.

⁶⁰ Consultation du professeur Vedel publiée dans *Le Monde*, 14 septembre 1961, et citée par le Président du Conseil constitutionnel, Léon Noël, Séance du 14 septembre 1961, Demande d'avis sur une motion de censure, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, Dalloz, 2014, p. 94.

function, this is not compatible with a judicial function. In the United States, for example, the Supreme Court has never, in the name of the separation of powers, allowed itself to give advice to the President, as a means of protecting the authority of the function and in order not to run the risk of being disowned, the worst possible situation for an institution that relies on the respect given to the word of authority⁶¹.

Finally, apart from electoral disputes, where it is allowed⁶², and unlike a judge who cannot refuse to accept the consequences of a withdrawal and strike the case from the roll, the Constitutional Council, once a question has been correctly referred to it, must issue a ruling, even in the case of a QPC review. Referral is a matter of public policy⁶³. It triggers a review of the act and is not limited solely to the disputed provisions⁶⁴ or the grounds invoked⁶⁵. Moreover, the Constitutional Council is authorised to raise grounds on its own initiative (which

ailleurs, même en restant dans le cadre d'une fonction purement consultative, celle-ci n'est pas compatible avec la fonction judiciaire. Ainsi, aux États-Unis, la Cour suprême s'est interdit dès les origines, au nom de la séparation des pouvoirs, de donner des conseils au Président par souci de préserver l'autorité de la fonction et aussi pour ne pas courir le risque d'être désavouée, la pire des situations pour une institution qui se maintient par le respect porté à la parole d'autorité⁶¹.

Enfin, hors le contentieux électoral où il est admis⁶², à la différence d'un juge qui ne peut pas refuser de tirer les conséquences d'un désistement et rayer l'affaire du rôle, le Conseil constitutionnel, une fois dûment saisi, le reste, même dans le cadre d'un contrôle QPC. La saisine est d'ordre public⁶³. Elle déclenche le contrôle de la loi sans le limiter aux seules dispositions contestées⁶⁴ ou aux moyens invoqués⁶⁵. De plus, le Conseil constitutionnel s'autorise à soulever des

61 For proof, one simply has to compare the fears expressed by the Constitutional Council on the possibility of not gaining support if it gave a negative opinion on the referendum bill of 1962 and the deliberations that preceded its decision that it was not competent to rule on the constitutionality of the referendum act adopted on 28 October 1962, relating to the election of the President of the Republic by direct universal suffrage, in the session of 2 October 1962 *Opinion on the referendum*, and session of 6 November 1962, Decision no. 62-20 DC, Referendum Act on the election of the President of the Republic by direct universal suffrage, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, respectively p. 99-112 and p. 113-124.

62 See *supra* note 26 and corresponding text.

63 Decision no. 96-386 DC of 30 December 1996, *Amended Finance Act for 1996*, recital 4: "No provision of the Constitution or the Institutional Act pertaining to the Constitutional Council allows the authorities or members of parliament authorised to refer a law to the Constitution to withdraw the referral, obstructing the implementation of the review of constitutionality already underway".

64 Decision no. 86-211 DC of 26 August 1986, *Act pertaining to identity checks and verifications* (blank referral)

65 Decision no. 2007-557 DC of 15 November 2007, *Act relating to the control of immigration, integration and asylum*, cons 25-29 (reliance on ethnicity statistics challenged on the sole ground of their external constitutionality and which the Constitutional Council also declared to be contrary to the 1st Article of the Constitution, which prohibits classifications based on ethnic origin or race).

61 Pour s'en convaincre, il suffit de comparer les appréhensions du Conseil constitutionnel sur la possibilité de ne pas être suivi s'il rendait un avis négatif sur le projet de loi référendaire de 1962 et les délibérations qui ont précédé sa décision d'incompétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi référendaire adoptée le 28 octobre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, séance du 2 octobre 1962, *Avis sur le référendum*, et séance du 6 novembre 1962, Décision n° 62-20 DC, *Loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, respectivement, p. 99-112 et p. 113-124.

62 V. *supra* note 26 et texte correspondant.

63 Décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, *Loi de finances rectificative pour 1996*, cons. 4 : « Aucune disposition de la Constitution non plus que de la loi organique relative au Conseil constitutionnel ne permet aux autorités ou parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé ».

64 Décision n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité* (saisine non motivée).

65 Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 25-29 (recours aux statistiques ethniques attaqué sur le seul fondement de leur constitutionnalité externe et que le Conseil constitutionnel déclare aussi contraire à l'article 1^{er} de la Constitution qui interdit les classifications reposant sur l'origine ethnique ou la race).

are called either "grounds" or "grievances" at its discretion), which in principle, an ordinary judge does not do, except in specific circumstances provided for in law (Articles 120 and 125 of the Civil Procedure Code) and, if they are legal grounds, "subject to inviting the parties to present their observations" (Article 16 CPC), a formality with which the Constitutional Council is not obliged to comply and does not necessarily do so. The Council has used the technique of raising grounds on its own initiative from the outset, to review the Institutional Acts that must be referred to it, and about which Georges Pompidou said that "we consider that (it) must analyse them from the first word to the last"⁶⁶, which an ordinary judge would never do.

Taken together, these various elements make it impossible to view the Constitutional Council as a body that belongs to judicial power or the courts, as would necessarily be the case for a constitutional court such as those found in Germany or Italy, or a supreme court of the kind found in the United Kingdom or the United States. The Constitutional Council is a "constitutional public authority" as it said itself, unilaterally describing itself as such as a visible way of removing the ambiguity that had hung over its status for some 30 years. This description resolves, and arguably pre-empts, three problems that have drawn the attention of French legal opinion for a long time:

1) the problem of the grounds for its decisions, which legal writers have consistently criticised, demanding that the Constitutional Council provides reasons in the way a real constitutional judge would; the Council has responded to these criticisms and recently implemented a reform of the grounds for its decisions, making them simpler and more intelligible⁶⁷, but there is no reason

moyens d'office (qu'il appelle indifféremment « moyens » ou « griefs ») ce qu'en principe, un juge ordinaire ne fait pas, sauf dans des cas précis, prévus par la loi (articles 120, 125 du Code de procédure civile) et, s'il s'agit de moyens de droit, « sous réserve d'inviter les parties à présenter leurs observations » (article 16 CPC), formalité à laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas à se plier et ne se plie pas nécessairement. Le Conseil a eu recours à la technique du grief soulevé d'office dès les origines pour le contrôle des lois organiques dont il est obligatoirement saisi et à propos desquelles Georges Pompidou disait qu'« on conçoit qu' (il) doive les analyser du premier mot au dernier »⁶⁶, ce qu'un juge de droit commun ne ferait jamais.

Additionnés les uns aux autres, ces éléments interdisent de voir dans le Conseil constitutionnel un organe appartenant au pouvoir judiciaire ou juridictionnel, comme s'y rattache nécessairement une cour qu'il s'agisse d'une cour constitutionnelle comme en Allemagne ou en Italie, ou d'une cour suprême comme au Royaume-Uni ou aux États-Unis. Le Conseil constitutionnel est un « pouvoir public constitutionnel », comme il l'a dit lui-même en se qualifiant comme tel unilatéralement pour visiblement lever l'ambiguïté qui planait sur son statut depuis trente ans. Cette qualification emporte résolution, pour ne pas dire préemption, de trois problèmes qui mobilisent l'attention de la doctrine française depuis longtemps :

1) le problème de la motivation des décisions que la doctrine ne cesse de critiquer en exigeant que le Conseil constitutionnel motive comme un véritable juge constitutionnel ; le Conseil a répondu à ces critiques et a récemment procédé à une réforme de la motivation de ses décisions qui les simplifie et les rend plus lisibles⁶⁷, mais il n'y a

⁶⁶ Session of 11 August 1960, Decision no. 60-8 DC, *Radio-Television licence fee*, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 68.

⁶⁷ N. Belloubet, "La motivation des décisions du Conseil constitutionnel: justifier et réformer", *Les nouveaux*

⁶⁶ Séance du 11 août 1960, Décision n° 60-8 DC, *Redevance Radio-Télévision*, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 68.

⁶⁷ N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Les nouveaux*

to require it to motivate its decision in the way a constitutional court would, given that it is not one, and even less justification for requiring it to provide grounds in the way a court does, with a majority decision flanked by separate opinions;

aucune raison de lui demander qu'il motive ses décisions comme une cour constitutionnelle dès lors qu'il n'en est pas une et il y en a désormais encore moins pour demander qu'il motive comme une cour motive les siennes, par une opinion majoritaire flanquée d'opinions séparées ;

2) the problem of the legitimacy of the institution, which legal opinion has questioned, wishing that the members of the Constitutional Council were if not elected, then at least confirmed, by an elected assembly, like the judges in the European constitutional courts, forgetting that the solution cannot be transposed to France insofar as the direct aim of all the checks carried out by the Constitutional Council, both main and subsidiary, is not the protection of rights and freedoms but checking the compliance of the law, the essence of the work of Parliament, with the democratic processes enshrined in the Constitution, which would effectively mean giving those under review the right to examine their reviewers, it being noted here that making these appointments subject to a hearing by the standing committees responsible for the constitutional laws in each assembly would only apply to the member appointed by the President of the Republic, the nominations of the Presidents of the houses of Parliament being subject only to the opinion of the relevant committee of the assembly concerned;

2) le problème de la légitimité de l'institution sur laquelle la doctrine s'interroge, en souhaitant que les membres du Conseil constitutionnel soient sinon élus, du moins confirmés, par une assemblée élue comme les juges des cours constitutionnelles européennes, en oubliant le fait que la solution n'est pas transposable en France dans la mesure où tous les contrôles du Conseil constitutionnel, le principal comme les accessoires, n'ont pas pour objet direct la protection des droits et libertés, mais le contrôle de la conformité de la loi, œuvre essentielle du Parlement, aux processus démocratiques inscrits dans la Constitution, ce qui reviendrait à donner un droit de regard aux contrôlés sur leurs contrôleurs, étant ici précisé que l'application à ces nominations d'une audition par les commissions permanentes chargées des lois constitutionnelles dans chaque assemblée ne s'applique qu'au seul membre nommé par le Président de la République, les nominations faites par les présidents des assemblées n'étant soumises qu'à l'avis de la commission compétente de l'assemblée concernée ;

3) the problem of the Council's independence, which is already largely guaranteed by its review of the constitutionality of the Institutional Act that governs it⁶⁸, and which is now strengthened by the absence of any right for the houses of Parliament to scrutinise its finances.

3) le problème de l'indépendance du Conseil qui est déjà largement assurée par son contrôle de la constitutionnalité de la loi organique qui le régit⁶⁸ et qui est maintenant renforcée par l'absence de tout droit de regard des assemblées sur ses finances.

Cahiers du Conseil constitutionnel, 2017/2 (No. 55-56), p. 5-21.

⁶⁸ Decision no. 2009-595 DC of 3 December 2009, *Institutional Act pertaining to the Application of Article 61-1 of the Constitution*, recital 18.

Cahiers du Conseil constitutionnel, 2017/2 (n° 55-56), p. 5-21.

⁶⁸ Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, cons. 18.

II. – Practice

The authors of the Constitution entrusted the Constitutional Council with various tasks, all of which, in varying degrees, involve it in the three functions of the State: the legislative function, which combines its most important missions and to which the whole of this second part is dedicated, the executive function, in the form of the consultations it may be called on to provide to the President of the Republic, either compulsorily or on request, and the judicial function, insofar as it rules on the election of members of the National Assembly and the Senate. A few words will suffice to outline the latter two, the first of which is closely linked to the law, insofar as the Constitutional Council is required to advise the President of the Republic on any future laws (A). Apart from these ancillary functions, the main activities of the Constitutional Council consist of checking the constitutionality of the law from every angle, both external (B) and internal (C), proof that its activities do indeed, as has been stated, revolve around the Parliament.

A. The Constitutional Council's involvement in the executive and judicial functions of the State

Initial practice

The Constitutional Council is involved in the executive function on the basis of consultation, notably when it is required to advise the President of the Republic, who must refer to it if Article 16 is invoked; the advice it gives is official. Its *raison d'être* is first, to tell the President whether there are any other legal mechanisms that could address the situation, for example, a state of emergency or state of siege⁶⁹. Secondly, it is to inform the President on

II. – La pratique

Le constituant a confié au Conseil constitutionnel diverses missions qui toutes, à des degrés divers, le font participer aux trois fonctions de l'État : la fonction législative autour de laquelle s'agrègent ses plus importantes missions et à laquelle est consacrée l'intégralité de cette deuxième partie, la fonction exécutive sous la forme des consultations qu'il peut être appelé à donner au Président de la République obligatoirement ou à sa demande, et la fonction juridictionnelle dans la mesure où il est juge de l'élection des députés et des sénateurs. Quelques mots suffiront pour présenter les deux dernières dont la première est d'ailleurs étroitement liée à la loi, dans la mesure dont le Conseil constitutionnel doit conseiller le Président de la République sur d'éventuelles lois futures (A). Hormis ces fonctions annexes, l'essentiel de l'activité du Conseil constitutionnel consiste à contrôler la constitutionnalité de la loi sous toutes ses coutures, externes (B) et internes (C), preuve que toute son activité est bien, comme on l'a dit, en orbite autour du Parlement.

A. La participation du Conseil constitutionnel aux fonctions exécutive et juridictionnelle de l'État

La pratique initiale

Le Conseil constitutionnel participe à la fonction exécutive sous la forme consultative, notamment lorsqu'il est amené à conseiller le Président de la République qui doit le saisir en cas de mise en jeu de l'article 16 ; la consultation qu'il lui donne est officielle. Sa *raison d'être* est tout d'abord de dire au Président s'il n'existe pas d'autres dispositifs juridiques pour faire face à la situation, par exemple, l'état d'urgence ou l'état de siège⁶⁹.

⁶⁹ The problem arose during the putsch of the generals in Algeria; see, on this subject, the comments by Maurice Patin during the debate on 23 April 1961, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 84.

⁶⁹ Le problème s'est posé lors du putsch des généraux en Algérie, v. à ce sujet, les remarques de Maurice Patin lorsque la délibération du 23 avril 1961, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 84.

the compliance with the Constitution and the legislation in effect of the measures it intends to take. The situation has only arisen once, in 1961, during the putsch of the generals in Algeria, in conditions that served more to prove the quandary facing the institution than the effectiveness of the consultation requested, insofar as members of the Council spent more time debating the actual circumstances (had they reached such a critical point that the proper functioning of the public authorities was interrupted?) than the state of the law, current or future. The real legal "consultation" it could have provided on the legal scope of the measures that might be taken in the situation was written much later, by the Conseil d'État, but in the course of litigation⁷⁰.

The Constitutional Council is also involved in the executive function when it assists the President of the Republic in his diplomatic functions and indicates, at his request, whether a particular treaty he intends to ratify contains "a clause contrary to the Constitution", which means that the treaty can only be introduced into national legislation if the Constitution is revised. But there is no associated jurisdiction; the President can decide whether or not to embark on a revision of the Constitution (Art. 54); it is up to him⁷¹. The aim of the mechanism is twofold: on the one hand, it aims to spare France the headache of imperfect ratifications, which are embarrassing on the diplomatic front, and on the other, to remove the possibility of an implicit revision of the Constitution by bypassing the jurisdiction of the legislature when authorising the ratification of treaties that constitute international

Elle est ensuite de le renseigner sur la conformité au droit de la Constitution et de la législation en vigueur des mesures qu'il envisage de prendre. La disposition n'a joué qu'une fois, en 1961, lors du putsch des généraux en Algérie, dans des conditions qui prouvent beaucoup plus l'embarras de l'institution que l'efficacité de la consultation sollicitée dans la mesure où les conseillers ont plus délibéré des circonstances de fait (étaient-elles à ce point critiques que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics était interrompu ?) que de l'état du droit, existant ou à venir. La vraie « consultation » juridique qu'il aurait pu donner sur la portée juridique des mesures pouvant être prises à cette occasion, fut écrite plus tard par le Conseil d'État, mais au contentieux⁷⁰.

Le Conseil constitutionnel participe encore à la fonction exécutive lorsqu'il assiste le Président de la République dans ses fonctions diplomatiques et qu'il lui indique, à sa demande, si tel traité qu'il se propose de ratifier comporte « une clause contraire à la Constitution », ce qui signifie que le traité ne peut être introduit dans l'ordre interne qu'après une révision de la Constitution. Mais il n'y a pas de compétence liée ; le Président peut ou non engager une procédure de révision de la Constitution (art. 54) ; c'est à lui de décider⁷¹. La disposition a un double objectif, d'une part, épargner à la France le casse-tête des ratifications imparfaites, embarrassantes sur le plan diplomatique, et d'autre part, écarter la possibilité d'une révision implicite de la Constitution par un contournement de la compétence du législateur à l'occasion de l'autorisation de ratification de traités constitutifs

70 CE, Assembly of 2 March 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143 ; GAJA, 21^e éd., p. 500.

71 Decision no. 99-412 DC of 15 June 1999, *European Charter for Regional or Minority Languages*, art. 1 of the decision, which simply provides: "The European Charter for Regional or Minority Languages contains clauses contrary to the Constitution", compared with Decision no. 92-308 of 9 April 1992, *Treaty on European Union*, art 1 of the decision, which states that "authorisation to ratify the Treaty on European Union may not be granted without prior amendment of the Constitution".

70 CE, Assemblée, du 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143 ; GAJA, 21^e éd., p. 500.

71 Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, art. 1^{er} du dispositif qui dispose simplement : « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires comporte des clauses contraires à la Constitution », à comparer avec la Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, art 1^{er} du dispositif où il est dit que « l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le traité sur l'Union européenne ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».

organisations invested with normative power, whose standards are directly applicable to domestic legislation (European Union)⁷².

The Constitutional Council is involved in the judicial function through its powers to deal with electoral matters. First, pursuant to Article 58 of the Constitution, it ensures the proper conduct of the election of the President of the Republic, examines complaints and proclaims the results of the vote. This is a significant responsibility, which could, if the results are very close, cause it to play an identical role to that of the US Supreme Court in the case of *Bush v. Gore* (2000), but based on a quite different kind of legitimacy than the US institution, since the Constitution has expressly invested it with this authority. Secondly, it is competent to rule on the proper conduct of the election of members of the National Assembly and senators (article 59 of the Constitution). This departure from the traditional rule of parliamentary law which, in principle, makes the chambers the judges of the election of their members, was entrusted to the Council "to remove the scandal of partisan invalidations" that had punctuated the practice of the IVth Republic⁷³. In the context of this function, it is strictly speaking, a judge – indeed, the term used is "electoral judge" – insofar as, on the one hand, it rules to decide between the parties and designates a winner and one or more losers, in response to a referral by an elector in the constituency, a candidate or the National Commission on campaign accounts and political funding, and on the other hand, it rules *a posteriori*, looking back at past events as a judge normally does, rather than looking into the future as it does in the

d'organisations internationales investies d'un pouvoir normatif dont les normes sont directement applicables dans l'ordre interne (Union européenne)⁷².

Le Conseil constitutionnel participe à la fonction juridictionnelle par le biais de ses attributions en matière électorale. Tout d'abord, aux termes de l'article 58 de la Constitution, il veille à la régularité de l'élection du Président de la République, examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin. C'est une responsabilité considérable qui l'amènerait en cas de résultats très serrés à jouer un rôle identique à celui de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Bush v. Gore* (2000), mais avec une légitimité toute différente que l'institution américaine car la Constitution l'a expressément investi de cette compétence. Ensuite, il a compétence pour contrôler la régularité de l'élection des députés et des sénateurs (article 59 de la Constitution). Cette dérogation à la règle traditionnelle de droit parlementaire qui, en principe, fait les chambres juges de l'élection de leurs membres, lui fut confiée « afin de faire disparaître le scandale des invalidations partisans » qui avaient émaillé la pratique de la IV^e République⁷³. Dans le cadre de cette fonction, il est à proprement parler un juge – on parle d'ailleurs du « juge de l'élection » – dans la mesure où, d'une part, il statue pour départager entre des parties, désigner un vainqueur et un (ou des) vaincu(s), sur saisine préalable d'un électeur de la circonscription, d'un candidat ou de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, et, d'autre part, il statue *a posteriori*, en se tournant vers le passé comme fait habituellement le juge, non en regardant l'avenir comme dans le contrôle *a priori* où il regarde vers l'avenir

72 As President Noël noted: "We did not want the Constitution to be able to be amended *other than* by the procedure set out in article 89 (italics added), session of 6 November 1962, Decision no. 62-20 DC, Referendum Act on the election of the President of the Republic by direct universal suffrage, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 106.

73 Speech by Michel Debré to the Conseil d'Etat in 1958, previously cited, *supra* note 10.

72 Comme l'a dit le Président Noël : « On n'a pas voulu que la Constitution puisse être modifiée *autrement* que par la procédure de l'article 89 » (italiques ajoutées), séance du 6 novembre 1962, Décision n° 62-20 DC, Loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 106.

73 Discours de Michel Debré devant le Conseil d'État en 1958, précité *supra* note 10.

context of a *a priori* examination, where it looks ahead along with the legislature⁷⁴, subject only to the *Delmas*⁷⁵ precedent.

Participation in the legislative function is the Constitutional Council's most important mission. Initially, however, its tasks in this area were limited. The principle was to ensure that Parliament did not lapse back into the errors of earlier times, i.e. that it moved outside its remit to meddle in all kinds of things⁷⁶ or rewrite the Constitution through its internal regulations, by trying to dominate other bodies, notably with regard to the internal operation of the Government, through intrusive powers used to control the ministries, whose standing committees it used to provide. These two concerns gave rise, on the one hand, to the distinction between Articles 34 and 37 and on the other, to the notion of the "Institutional Act", which can only be described as a statute that has to be subjected to examination to check its constitutionality and applies, of course, to the rules of the houses of Parliament. Sixty years after the 1958 Constitution came into effect, the Constitutional Council now intervenes in a much wider range of areas. The idea of overseeing Parliament certainly remains, but the

comme le législateur⁷⁴, sous la seule réserve de la jurisprudence *Delmas*⁷⁵.

La participation à la fonction législative est la plus importante mission du Conseil constitutionnel. Au départ, pourtant, ses tâches dans ce domaine étaient limitées. La principale était de veiller à ce que le Parlement ne retombe pas dans les travers d'antan, c'est-à-dire, qu'il sorte de son domaine pour se mêler de tout et de n'importe quoi⁷⁶ ou qu'il réécrit la Constitution par son règlement intérieur en s'assurant une domination sur les autres organes, notamment sur le fonctionnement interne du Gouvernement par les pouvoirs intrusifs de contrôle sur les ministères dont il dotait autrefois ses commissions permanentes. De ce double souci sont nées, d'une part, la distinction des articles 34 et 37 et, d'autre part, la notion de « loi organique » qui ne se définit pas autrement que comme la loi qui est obligatoirement soumise à un contrôle de constitutionnalité et qui s'applique bien entendu aux règlements des assemblées. Soixante ans après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, la pratique du Conseil constitutionnel est

74 On all these points, see D. Chamussy, *Presentation of the Constitutional Council, year-end 2007*, Cycle de perfectionnement des collaborateurs parlementaires, École nationale d'administration, p. 19-20, available online on the Constitutional Council website: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/ena2007.pdf.

75 Decision no. 81-1 ELEC of 11 June 1981, *Decision of 11 June 1981 on a request by Mr François Delmas*, recital 4: "Whereas... the grievances alleged by François Delmas challenge the conditions for the application of Article 12 of the Constitution and in this respect, the proper conduct of all electoral processes as provided for and organised by the decrees of 22 May 1981 and not that of the electoral processes in a particular constituency; that it is therefore necessary that, in order to fulfil the mission entrusted to it by Article 59 of the Constitution, the Constitutional Council should rule before the first round of the ballot" (italics added).

76 To take something of a caricatural example, under the IVth Republic, since Parliament could refer any question to itself and the Government was obliged to come back to it to take the same measures or change measures that had already been adopted, the law had to be invoked to authorise the construction of henhouses along a railway line, because it fell under the area of the law by determination of the legislature's will (opinion of the Conseil d'État of 6 February 1953).

74 Sur tous ces points, v. D. Chamussy, *Présentation du Conseil constitutionnel à la fin de l'année 2007*, Cycle de perfectionnement des collaborateurs parlementaires, École nationale d'administration, p. 19-20, disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/ena2007.pdf.

75 Décision n° 81-1 ELEC du 11 juin 1981, *Décision du 11 juin 1981 sur une requête de Monsieur François Delmas*, cons. 4 : « Considérant... que les griefs allégués par François Delmas mettent en cause les conditions d'application de l'article 12 de la Constitution et, à cet égard, la régularité de l'ensemble des opérations électorales telles qu'elles sont prévues et organisées par les décrets du 22 mai 1981 et non celle des opérations électorales dans telle ou telle circonscription ; qu'il est donc nécessaire que, en vue de l'accomplissement de la mission qui lui est confiée par l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue avant le premier tour de scrutin » (italiques ajoutées).

76 Pour prendre un exemple caricatural, sous la IV^e République, comme le Parlement pouvait se saisir de toute question et que le gouvernement devait revenir devant lui pour prendre les mêmes mesures ou changer celles qui avaient été adoptées, il était obligatoire de passer par la loi pour autoriser la construction de poulaillers le long d'une ligne de chemin de fer, la matière relevant du domaine de la loi par détermination de la volonté du législateur (avis du Conseil d'État du 6 février 1953).

purpose of the oversight has changed. The Constitutional Council is no longer the executive's guard and certainly not a gun pointed at Parliament, according to the less-than-flattering expressions applied to it at the outset. While it still oversees Parliament, it is less to safeguard the executive's prerogatives than to ensure it exercises its legislative function as effectively as possible and in the way that most complies with the Constitution, and therefore democracy.

Today, the Constitutional Council is still a regulatory body, as it was described in 1962, but it is more than that: it has become the guarantor of the proper conduct of democracy. It controls every process, from the election of the constitutional public authorities (the President of the Republic, the National Assembly and the Senate) to the promulgation of laws. What is the reason for this change?

The first relates to the economic situation. The political and legal circumstances that justified the creation, in 1958, of areas governed by regulation (Art. 37) separate from those governed by statute (Art. 34), with a Constitutional Council tasked with allocating powers to the Government and Parliament respectively, ceased to apply after the new Constitution came into effect and suddenly, there was no longer any reason for the Council's arbitration function to exist. First, the Government no longer had to defend its area of authority tooth and nail against the legislature, because it could now object, as part of the parliamentary procedures, to initiatives that it deemed to fall outside the domain of the law and trespass on its own domain, by claiming inadmissibility (Art. 41). Secondly, it quickly achieved a stable majority in the National Assembly and there was less of an incentive to reserve exclusive power in the application of the law.

The second reason relates to the Constitutional Council's policy on case law, which decided that the distinction

aujourd'hui bien plus large. Certes, l'idée qu'il faut surveiller le Parlement demeure, mais la surveillance n'obéit plus aux mêmes fins. Le Conseil constitutionnel n'est plus le chien de garde de l'Exécutif et, encore moins, un canon braqué sur le Parlement, selon les expressions peu flatteuses qu'on lui accolait à l'origine. S'il surveille toujours le Parlement, c'est moins pour sauvegarder les prérogatives de l'Exécutif que pour faire en sorte qu'il exerce sa fonction législative au mieux, de la manière la plus conforme possible à la Constitution, donc à la démocratie.

Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel est toujours un organe régulateur, comme il s'était qualifié en 1962, mais il est plus que cela, il est devenu le garant du bon fonctionnement de la démocratie. Il en contrôle tous les processus, depuis l'élection des pouvoirs publics constitutionnels (Président de la République, Assemblée nationale, Sénat) jusqu'à la promulgation des lois. Comment expliquer cette évolution ?

La première raison est d'ordre conjoncturel. Les circonstances politiques et juridiques qui justifiaient en 1958 la création d'un domaine du règlement (art. 37) distinct du domaine de la loi (art. 34) avec un Conseil constitutionnel censé répartir entre le gouvernement et le Parlement les attributions de chacun ont cessé d'être réunies après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution et, du coup, la fonction d'arbitrage du Conseil a perdu sa raison d'être. Tout d'abord, le gouvernement n'a pas eu à défendre bec et ongles son domaine contre le législateur parce qu'il pouvait désormais s'opposer au cours de la procédure parlementaire aux initiatives qui lui paraissaient hors du domaine de la loi et empiéter sur son domaine en soulevant l'irrecevabilité (art. 41). Ensuite, il a disposé très tôt d'une majorité stable à l'Assemblée et il a été moins incité à se réserver un pouvoir exclusif dans l'application de la loi.

La seconde raison tient à une politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel qui a décidé que la distinction entre la loi

between statute and regulation had only been designed for the benefit of the government and that opposition members of the National Assembly and senators (who, after 1974, provided there were 60 of them, could ask for an opinion on the constitutionality of the legislative procedure of a law that had been adopted but not promulgated) were unable to dispute a hindrance to legislative power in the regulatory domain. Given that the Government was under no obligation, but free to use the procedures made available to it under the Constitution or not, to ensure respect for its domain (request for downgrading as laid down in Article 37, para. 2 and exceptions on admissibility in Article 41), it was deemed that they had in some sense been made for it, were reserved for it and that members of Parliament could not rely on them⁷⁷. This precedent, known as *Price control*, sacrifices the purity of the law to the "practical requirements of public life" invoked by Council member Louis Gros during the debate that preceded the decision. "If the Constitutional Council were to accept an exception of unconstitutionality on the pretext that a statute impinged on the regulatory domain, no further legislative work would be possible," he stated. Doyen Vedel agreed with him wholeheartedly, explaining: "The creation of a statute is the result of a negotiation between the Government and its majority, in which the Government consciously accepts that its majority may cause provisions to be adopted, which are regulatory in nature. If it was accepted that the opposition could intervene in this negotiation through an exception of unconstitutionality based

et le règlement n'avait été conçue qu'au bénéfice du gouvernement et que les députés et les sénateurs de l'opposition (lesquels, à partir de 1974, lorsqu'ils étaient soixante, ont pu le saisir de la constitutionnalité de la procédure législative de la loi votée, non encore promulguée) ne pouvaient pas contester un empiètement du pouvoir législatif dans le domaine réglementaire. Considérant que le gouvernement n'avait pas l'obligation, mais qu'il était libre de se servir ou non des procédures mises à sa disposition dans la Constitution pour faire respecter son domaine (demande de déclassement de l'article 37, al. 2 et exceptions d'irrecevabilité de l'article 41), il a jugé qu'elles avaient été faites pour lui, en quelque sorte, qu'elles lui étaient réservées, et que les parlementaires ne pouvaient pas s'en prévaloir⁷⁷. Cette jurisprudence, dite *Blocage des prix*, sacrifie la pureté du droit aux « exigences pratiques de la vie publique » invoquées par le conseiller Louis Gros au cours de la délibération qui précéda la décision. « Si le Conseil constitutionnel admettait une exception d'inconstitutionnalité sous prétexte qu'une loi empiète sur le domaine réglementaire, aucun travail législatif ne serait plus possible », affirma-t-il. Le Doyen Vedel abonda en son sens en expliquant : « L'élaboration d'une loi est le fruit d'un marchandage entre le Gouvernement et sa majorité, le Gouvernement acceptant en effet, consciemment, que sa majorité puisse faire adopter des dispositions de nature réglementaire. Si l'on admettait que l'opposition puisse intervenir dans ce marchandage par le biais

77 Decision no. 82-143 DC of 30 July 1982, *Prices and Income Act, notably Articles 1, 3 and 4*, recital 11 (precedent known as *Price control* or *Price regime*): "Articles 34 and 37, paragraph 1 of the Constitution were not intended to render a regulation contained in a law unconstitutional, but to recognise the regulatory authority's own domain alongside the domain of statute law, and grant the Government the power to protect it from possible impingements by statute law by implementing the specific procedures in Articles 37, para. 2 and 41; that under these conditions, those who referred the case for an opinion should not rely on the fact that the legislature has intervened in the regulatory domain to argue that the provision they are criticising is contrary to the Constitution".

77 Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4*, cons. 11 (jurisprudence dite *Blocage* ou *Régime des prix*) : « Par les articles 34 et 37, alinéa 1^{er}, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution ».

on the idea that a statute was impinging on a regulation, it would be handing it a fearsome weapon – an atomic weapon, one might say”⁷⁸. And in practice, conflicts between Parliament and the Government would increase. Yet the Constitutional Council has no power to settle disputes between bodies and was not created for this purpose, unlike the German Federal Constitutional Court⁷⁹. Its competence relates more to parliamentary procedure itself and what takes place within the houses of Parliament than their relationship with the Government⁸⁰. It nonetheless remains the case that “unless the legislature’s impingement on regulatory power is not controlled at the stage of Article 61, there is no longer an effective obstacle to the breach of the first paragraph of Article 37” and that the administrative sections of the Conseil d’État must be prepared to “compromise” and tolerate limited incursions into the regulatory domain by the legislature⁸¹.

The third reason is more fundamental, and can be explained by the French view of the separation of powers. Unlike all other constitutional courts or supreme courts invested with constitutional powers (the US Supreme Court), the Constitutional Council was not designed as a court intended to protect citizens, by obliging the legislature to respect their rights and freedoms. The initial protector of rights and freedoms under French constitutional law is the legislature, not the judge. Admittedly, judges also protect rights and freedoms, but not first, as an initial resort. Judges protect rights and freedoms second, always after the

d’une exception d’inconstitutionnalité pour empiètement de la loi sur le règlement, ce serait lui accorder une arme redoutable, une arme atomique, pourrait-on dire »⁷⁸. Et, de fait, les conflits entre le Parlement et le Gouvernement se multiplieraient. Or, le Conseil constitutionnel n’a pas compétence pour régler des conflits entre organes et il n’a pas été créé à cette fin, à la différence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande⁷⁹. Sa compétence porte plus sur la procédure parlementaire elle-même, sur ce qui se passe à l’intérieur des assemblées que sur leurs rapports avec le Gouvernement⁸⁰. Il n’en reste pas moins que « dès lors qu’un empiètement du législateur sur la compétence réglementaire n’est pas contrôlé au stade de l’article 61, il n’y a plus de frein efficace à la violation du premier alinéa de l’article 37 » et que les formations administratives du Conseil d’État sont bien obligées de « faire la part du feu » et de tolérer des incursions limitées du législateur dans le domaine réglementaire⁸¹.

La troisième raison est plus fondamentale et s’explique par la conception française de la séparation des pouvoirs. À l’inverse de toutes les autres cours constitutionnelles ou cours suprêmes investies de compétences constitutionnelles (Cour suprême des États-Unis), le Conseil constitutionnel n’a pas été conçu comme une cour destinée à protéger les citoyens en obligeant le législateur à respecter leurs droits et libertés. En droit constitutionnel français, le protecteur initial des droits et libertés, c’est le législateur, non le juge. Certes, le juge protège aussi les droits et libertés, mais pas à titre initial, en premier. Le juge protège les droits et libertés, en second, toujours après

⁷⁸ Session of 30 July 1982, Decision no. 82-143 DC, *Price and income control*, *Les grandes délibérations*, supra note 11, Dalloz, 2014, p. 437.

⁷⁹ See article 93 (1), para. 1 of the Basic Law.

⁸⁰ See its declaration of lack of competence and refusal to rule on the case of the *Request for an opinion presented by the President of the National Assembly (Admissibility of an anti-government motion)*, Decision of 14 September 1961, recital 2.

⁸¹ B. Genevois, “L’enrichissement des techniques de contrôle”, 50th anniversary symposium, 3 November 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, special report 2009, p. 36 s., 42.

⁷⁸ Séance du 30 juillet 1982, Décision n° 82-143 DC, *Blocage des prix et des revenus*, *Les grandes délibérations*, supra note 11, Dalloz, 2014, p. 437.

⁷⁹ V. article 93 (1), al. 1 de la Loi fondamentale.

⁸⁰ V. sa déclaration d’incompétence et son refus de se prononcer dans l’affaire de la *Demande d’avis présentée par le Président de l’Assemblée nationale (Recevabilité de la motion de censure)*, Décision du 14 septembre 1961, cons. 2.

⁸¹ B. Genevois, “L’enrichissement des techniques de contrôle”, Colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série 2009, p. 36 s., 42.

legislature, pursuant to the law and according to the terms set out in the law. This decision, made by the French revolutionaries, is certainly inspired by reading the views of philosophers, particularly Jean-Jacques Rousseau, but comes from elsewhere, too. The decision results, perhaps even more so, from the observation that legal practitioners such as Bergasse and all the members of the National Assembly, lawyers and legal professionals who made up the Third Estate made on a daily basis. Judges can only protect freedom effectively if they apply good, fair laws, so that, as Bergasse put it, "it is only through the law that freedom is maintained"⁸². Protecting freedom needs good laws, not just good judges. If laws are bad, unfair or inequitable in tax matters as they were under the Ancien Régime, when between the tallage, salt tax and tithe, farmers were taxed up to 80% of their income and the privileged classes were exempt, the consequences will be similarly bad⁸³. Efforts therefore need to be focused on the law, rather than on judges. French opinion finds this analysis persuasive on the basis of both reason and experience, and has not deviated from it since the Revolution. In French law, the protection of rights and freedoms begins with the law, not with judges⁸⁴; it is therefore the law that must be the focus of attention and that is

le législateur, en application de la loi et selon les modalités que celle-ci a prévues. Ce choix opéré par les révolutionnaires français vient certainement de la lecture des écrits des philosophes, notamment de Jean-Jacques Rousseau, mais pas seulement. Ce choix est aussi, peut-être plus encore, le fruit du constat que des praticiens du droit comme Bergasse, tous ces députés, avocats et hommes de lois, qui peuplaient le Tiers-État, pouvaient faire tous les jours. Le juge ne protège efficacement la liberté que s'il applique de bonnes lois, des lois justes, de sorte que, comme le disait Bergasse, « ce n'est que par la loi que se maintient la liberté »⁸². Pour protéger la liberté, il ne suffit pas d'avoir de bons juges, il faut avoir de bonnes lois. Si les lois sont mauvaises, injustes, inégalitaires en matière fiscale comme elles l'étaient sous l'Ancien Régime quand, entre la taille, la gabelle et la dîme, les paysans étaient imposés jusqu'à 80 % de leurs ressources et que les ordres privilégiés en étaient exemptés, les conséquences qui en découlent le seront aussi⁸³. C'est donc sur la loi qu'il faut faire porter l'effort, pas sur les juges. Convaincue tant par raison que par expérience de la justesse de cette analyse, la pensée française s'est calée sur elle et n'en a pas dévié depuis la Révolution. En droit français, la protection des droits et libertés commence avec la loi, non avec les juges⁸⁴; c'est donc à elle qu'il faut

82 N. Bergasse, *Speech on the appropriate way to limit legislative and executive power in a monarchy*, 1789, p. 13 available at https://archive.org/details/discoursdemberga00berg_1.

83 To a French lawyer, the United States appear to be the perfect example of the validity of the ideas on which the republican regime is based. Racism has never disappeared from the United States, but for the simple reason that the law does not prohibit it, insofar as it does not prohibit racial classifications in general terms and in all circumstances. The result is that, notwithstanding the great minds who have sat in the Supreme Court, it has never been able to apply in general terms, the obvious legal fact contained in the clause on equal protection before the law, and which Judge Harlan summarised as follows: "Our Constitution in color-blind and neither knows nor tolerates classes among citizens", *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, 559 (1896), because while it may be obvious, it is only implicit.

84 The evidence is clear to see: over the last 50 years, all the freedoms granted by the Supreme Court in the United States were granted in France by the law: abortion, gender equality, combating discrimination against homosexuals, or same-sex marriage.

82 N. Bergasse, *Discours sur la manière dont il convient de limiter le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans une monarchie*, 1789, p. 13 disponible à : https://archive.org/details/discoursdemberga00berg_1.

83 Aux yeux d'un juriste français, les États-Unis apparaissent comme un exemple parfait de la justesse des idées qui ont fondé leur régime républicain. Le racisme n'a jamais disparu aux États-Unis, mais pour la simple raison que la loi ne l'interdit pas dans la mesure où elle n'interdit pas les classifications raciales de façon générale et en toutes circonstances. Le résultat est que, nonobstant les grands esprits qui ont siégé à la Cour suprême, celle-ci n'a jamais pu appliquer de manière générale cette évidence juridique qui est contenue dans la clause d'égalité protection des lois et que le juge Harlan résumait ainsi : « Notre Constitution est aveugle à la couleur de peau, et ne connaît ni ne tolère de classes parmi les citoyens », *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537, 559 (1896), parce que cette évidence n'est qu'implicite.

84 Il suffit pour s'en convaincre de constater que sur les cinquante dernières années, toutes les libertés qui ont été accordées par la Cour suprême aux États-Unis, l'ont été en France par la loi : l'interruption volontaire de grossesse, l'égalité entre les sexes, la lutte contre

what the Constitutional Council does. By contributing to the legislative function, it monitors the constitutionality of the law from beginning to end. The idea is to ensure that the law is as perfect as possible, that it does not infringe the rights of anyone in particular, that it protects or punishes, and that there is therefore no reason to challenge it. This is why the review of constitutionality takes place, in principle, a priori, before the law is promulgated: this is critical. Admittedly, there has been a mechanism to review promulgated law since the introduction of the priority question on constitutionality (QPC), but it is a complement.

It is not the Constitutional Council's role to review every law. On many occasions, it has said that it only has powers of attribution, which means that it cannot review a law unless it states that it is subject to the Council's authority. This is the case with laws that are adopted by referendum. When it was asked by the President of the Senate for an opinion on the constitutionality of the law amending the Constitution and establishing the election of the President of the Republic by universal suffrage, adopted by the French people on 28 October 1962, the Constitutional Council, as we have seen, declared that it was not competent to rule on the matter. It based this lack of competence on the one hand, on the fact that there was no legislation authorising it for this purpose and on the other, "the spirit of the Constitution", which tasked it with reviewing "solely the laws adopted by Parliament and not those which, having been adopted by the people following a referendum, constitute a direct expression of national sovereignty"⁸⁵. The case law on lack of competence also prevailed in relation to the QPC procedure⁸⁶. The

consacrer toute son attention et c'est ce que fait le Conseil constitutionnel. En participant à la fonction législative, il contrôle la constitutionnalité de la loi du début jusqu'à la fin. L'idée est de faire en sorte que la loi soit aussi parfaite que possible, qu'elle ne lèse personne en particulier, qu'elle soit la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse, et qu'il n'y ait donc aucune raison de la remettre en cause. C'est pourquoi, le contrôle de constitutionnalité intervient par principe a priori avant que la loi ne soit promulguée ; c'est le plus important. Certes, il existe aujourd'hui un contrôle de la loi promulguée depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), mais c'est un complément.

Le Conseil constitutionnel n'a pas vocation à contrôler toutes les lois. À maintes reprises, il a dit qu'il ne disposait que de compétences d'attribution de sorte qu'il ne contrôle pas la loi dont un texte ne dit pas qu'elle est soumise à son contrôle. Tel est le cas d'une loi adoptée par référendum. Saisi par le Président du Sénat de la constitutionnalité de la loi portant révision de la Constitution et instituant l'élection du Président de la République au suffrage universel, adoptée par le peuple français, le 28 octobre 1962, le Conseil constitutionnel, on l'a vu, s'est déclaré incompétent pour se prononcer. Il a fondé son incompétence, d'une part, sur l'absence de texte l'habilitant à cet effet et, d'autre part, sur « l'esprit de la Constitution » qui l'a chargé de contrôler « uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale »⁸⁵. Cette jurisprudence d'incompétence a prévalu également dans le cadre de la procédure QPC⁸⁶. Le Conseil constitutionnel ne se

⁸⁵ Decision no. 62-20 DC of 6 November 1962, *Act pertaining to the election of the President of the Republic by direct universal suffrage, adopted by the referendum of 28 October 1962*, recital 2.

⁸⁶ Decision no. 2014-392 QPC of 25 April 2014, *Southern Province of New Caledonia [Act adopted by referendum - Labour law in New Caledonia]*, recital 7: "Article 61-1 of the Constitution gives the Constitutional Council the power to assess the compliance with the rights and

les discriminations contre les homosexuels, ou le mariage entre personnes de même sexe.

⁸⁵ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, cons. 2.

⁸⁶ Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie [Loi adoptée par référendum - Droit du travail en Nouvelle-Calédonie]*, cons. 7 :

Constitutional Council therefore only rules on laws adopted by Parliament and legislative provisions other than those adopted by referendum⁸⁷.

A review by the Constitutional Council is compulsory and comprehensive for Institutional Acts (those which are referred to as such in the Constitution), and optional and variable for ordinary laws. Where a review is carried out following a request by one of the two supreme courts (the Conseil d'État or the Court of Cassation) to provide a priority preliminary ruling on constitutionality, in relation to a promulgated law, this is necessarily *a posteriori* and more limited, because it examines only "one" provision of the law and because it only reviews it in light of the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, which is not unusual compared with foreign practices on reviewing the constitutionality of laws. The *a priori* review of an Institutional Act or ordinary law is quite different.

The *a priori* review highlights the very specific nature of French legislative constitutionalism, the main purpose of which is not to protect rights and freedoms, but the promulgation, ideally, of an irreproachable law, which is as perfect as possible, both from a formal perspective (procedure and respect for democracy) and a practical point of view (respect for rights and freedoms, and the principles of the rule of law). To this end, after 1974, when the right to ask the Constitutional Council for an opinion on the constitutionality of an adopted law was made available to 60 opposition

prononce donc que sur les lois adoptées par le Parlement et les dispositions législatives autres que celles adoptées par voie de référendum⁸⁷.

Son contrôle est obligatoire et complet pour les lois organiques (les lois organiques sont celles qui sont mentionnées comme telles dans la Constitution), facultatif et gradué pour les lois ordinaires. Dans le cadre d'un contrôle sur saisine d'une des deux cours suprêmes (Conseil d'État ou Cour de cassation) pour trancher une question prioritaire de constitutionnalité, son contrôle qui intervient sur une loi promulguée, donc nécessairement *a posteriori*, est plus limité parce qu'il ne porte que sur « une » disposition de la loi et parce qu'il ne la contrôle qu'au seul regard des droits ou libertés que la Constitution garantit, ce qui n'est pas original par rapport à la pratique étrangère du contrôle de la constitutionnalité des lois. Il en va tout autrement du contrôle *a priori*, de la loi organique ou de la loi ordinaire.

C'est en effet à travers le contrôle *a priori* que se donne à voir la spécificité du constitutionnalisme français, ce constitutionnalisme législatif, dont l'objet principal n'est pas la protection des droits et libertés, mais la promulgation d'une loi idéalement irréprochable, aussi parfaite que possible, tant au point de vue formel (procédure, respect de la démocratie) que matériel (respect des droits et libertés et des principes de l'État de droit). À cette fin, à partir de 1974, quand le droit de saisir le Conseil

freedoms guaranteed by the Constitution of legislative provisions, without specifying whether this competence extends to all forms of legislation; however, with regard to the balance of powers established by the Constitution, the legislative provisions it refers to in Article 61-1 are not those which, having been adopted by the French people following a referendum monitored by the Constitutional Council in respect of Article 60, constitute a direct expression of national sovereignty".

⁸⁷ The term "legislative provision", used in the sense of Article 61-1, includes various acts. For examples, see M. Guillaume, "Question prioritaire de constitutionnalité" (Avril 2017), *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, §§ 35-38.

« L'article 61-1 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions législatives, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif ; que toutefois au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les dispositions législatives qu'elle a entendu viser dans son article 61-1 ne sont pas celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ».

⁸⁷ Le terme « disposition législative » inclut au sens de l'article 61-1 des actes variés. Pour plusieurs exemples, v. M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité » (avril 2017), *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, §§ 35-38.

members of the National Assembly and/or senators, the institution developed a practice for reviewing the constitutionality of the law, which has no equivalent in foreign laws and would certainly not have been possible if its members had not had the benefit of the extensive experience of the Conseil d'État in examining *ultra vires* actions by the administrative authorities. Inspired by this, the practice adopted by the Constitutional Council draws a distinction between an external and internal review of constitutionality⁸⁸.

B. Review of external constitutionality

The external constitutionality of the law refers to respect for constitutional rules in relation to the legislative procedure. Unlike foreign forms of constitutionalism, which generally allow chambers to organise their own organisation and operation, French constitutionalism has withdrawn this privilege from Parliament and placed the entire legislative procedure under the control of the Constitutional Council. The reason for this lies in the provisions of the 1958 Constitution, which tasked it with the role of guardian of the rationalised parliamentarianism that the authors of the Constitution wanted to establish, so that the government could govern in accordance with the manifesto that had prompted the people to put it in power. This requirement of a modern, democratic regime was impossible to achieve under the IVth Republic. For the President

constitutionnel de la constitutionnalité d'une loi votée fut ouvert à soixante députés et/ou sénateurs de l'opposition, l'institution a développé une pratique du contrôle de constitutionnalité de la loi qui n'a pas d'équivalent dans les droits étrangers et qui n'aurait certainement pas été possible si ses membres n'avaient bénéficié de l'expérience plus que séculaire du Conseil d'État dans le contrôle de l'excès de pouvoir administratif. Inspirée par lui, la pratique du Conseil constitutionnel permet de distinguer un double contrôle de constitutionnalité, externe et interne⁸⁸.

B. Le contrôle de constitutionnalité externe

La constitutionnalité externe de la loi s'entend du respect des règles constitutionnelles relatives à la procédure législative. À l'inverse des constitutionnalismes étrangers qui, généralement, laissent les assemblées régler elles-mêmes leur organisation et leur fonctionnement, le constitutionnalisme français a retiré ce privilège au Parlement et a placé toute la procédure législative sous le contrôle du Conseil constitutionnel. La raison tient aux dispositions de la Constitution de 1958 qui lui ont confié la charge d'être le gardien du parlementarisme rationalisé que le constituant voulait établir pour que le gouvernement puisse gouverner conformément au programme électoral qui avait porté le peuple à lui confier le pouvoir. Cette exigence d'un régime démocratique moderne efficient était hors d'atteinte

⁸⁸ The distinction dates back to the presentation in two groups made by the Government Commissioner, Gazier, of five cases that resulted in appeals on the grounds of action *ultra vires*: the external legality group (lack of competence and defect of form or procedure) and the internal legality group (direct breach of the rule of law, error in the grounds for the action, abuse of power). This was taken up by Doyen Vedel in "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif" (II), *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, no. 2 (1997), p. 77 s., 83 and confirmed by Bruno Genevois, "L'enrichissement", *supra* note 81, p. 37-38.

⁸⁸ La distinction remonte à la présentation en deux groupes faite par le commissaire du gouvernement Gazier des cinq cas d'ouvertures du recours pour excès de pouvoir : le groupe de la légalité externe (incompétence et vice de forme ou de procédure) et le groupe de la légalité interne (violation directe de la règle de droit, erreur dans les motifs de l'acte, détournement de pouvoir). Elle fut reprise par le Doyen Vedel in « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif » (II), *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2 (1997), p. 77 s., 83 et confirmée par Bruno Genevois, « L'enrichissement », *supra* note 81, p. 37-38.

of the Council, simply implementing its programme of government was a path fraught with errors.

In order to make this path less difficult and more efficient, the Constitution granted the government significant powers in the conduct of legislative business (such as priority in establishing the agenda and block voting), which the Constitutional Council has been particularly firm in ensuring⁸⁹. Things changed after 1974, when the opposition (60 members of the National Assembly or 60 senators) was given the right to ask the Constitutional Council for an opinion, because members of Parliament had prompted the Constitutional Council to take an interest in what was happening inside the houses of Parliament. In 1975, they prompted it to engage in a review of legislative procedure and it responded positively, in line with the attempts to create a more relaxed system, then being led by a young President, Valéry Giscard d'Estaing: "It is the role of the Constitutional Council, when asked to give an opinion pursuant to article 61 of the Constitution, on a law adopted by Parliament and going through the process of promulgation, not only to rule on the compliance of the provisions contained in the law with the Constitution, but also to examine whether it has been adopted in accordance with rules of constitution value relating to the legislative procedure"⁹⁰. While there is certainly a chapter in French constitutionalism that shows the extent to which the Constitutional Council has proceeded on a step-by-step basis, it is the chapter on parliamentary law that it has moved, in half a century, from the status of political law to judicial law. Within this branch of law, the example of the right to amendment is characteristics from this point of view.

sous la IV^e République. La simple mise en œuvre par le Président du Conseil de son programme de gouvernement était un chemin semé d'embûches.

Pour rendre ce chemin moins difficile et plus efficace, la Constitution a conféré au gouvernement d'importants pouvoirs dans la conduite du travail législatif (priorité de l'établissement de l'ordre du jour, vote bloqué) que le Conseil constitutionnel a su faire respecter de manière particulièrement ferme⁸⁹. À partir de 1974, avec l'ouverture du droit de saisir le Conseil constitutionnel à l'opposition (soixante députés ou soixante sénateurs), les choses ont changé parce que les parlementaires ont amené le Conseil constitutionnel à s'intéresser à ce qui se passait à l'intérieur des assemblées. Dès 1975, ils le conduisirent à s'engager dans le contrôle en droit de la procédure législative et il y répondit de façon positive dans le prolongement de la décrispation du régime que portait alors un jeune Président, Valéry Giscard d'Estaing : « Il appartient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'une loi votée par le Parlement et en instance de promulgation, non seulement de se prononcer sur la conformité des dispositions de cette loi à la Constitution mais encore d'examiner si elle a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative »⁹⁰. S'il y a bien dans le constitutionnalisme français un chapitre qui montre à quel point le Conseil constitutionnel a avancé pas à pas, c'est celui du droit parlementaire qu'il fait passer en un demi-siècle de l'état de droit politique à celui de droit juridictionnel. Au sein de cette branche de droit, l'exemple du droit d'amendement est de ce point de vue caractéristique.

⁸⁹ Decision no. 59-2 DC of 24 June 1959, *Regulations of the National Assembly*; Decision no. 59-3 DC of 25 June 1959, *Regulations of the Senate*.

⁹⁰ Decision no. 75-57 DC of 23 July 1975, *Act abolishing business rates and establishing a business tax*, recital 1.

⁸⁹ Décision n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale* ; Décision n° 59-3 DC du 25 juin 1959, *Règlement du Sénat*.

⁹⁰ Décision n° 75-57 DC du 23 juillet 1975, *Loi supprimant la patente et instituant une taxe professionnelle*, cons. 1.

Over the years, the Constitutional Council has developed a rich and detailed set of precedents and has sought to establish a balance between maintaining the Government's prerogatives, which are essential for the conduct of affairs of state, and safeguarding the rights of Parliament, which is just as necessary for democratic debate. Yet, among the rights of Parliamentarians, there is one that is essential to the proper functioning of democratic debate, which is the right to introduce legislation, whether this is manifested in the form of a proposal for a law or the right to amendment, which is simply the "corollary" of the former, according to Eugène Pierre⁹¹. The right of amendment is both the best and worst of things: the best when, thanks to its content, it contributes to enriching the discussion and furthering the debate on the law, the worst when it is used by the opposition to cause obstruction, drowning the government's bill in a deluge of amendments, and by the majority to swallow up the opposition's amendments in torrents of secondary amendments. It is clear that the right of amendment and secondary amendment is open to abuse. The houses of Parliament themselves are aware of this.

In 1973, the Senate reformed its regulations to declare that sub-amendments were only admissible if their effect was not to "undermine the spirit or contradict the sense of the amendments to which they apply". The Constitutional Council has not objected to the inadmissibility of a sub-amendment whose effect is to "contradict the sense" of the amendment to which it applies, on the grounds that introducing a sub-amendment of this kind is the equivalent of opposing the amendment, which simply tends to mean that it is either not adopted or it is withdrawn; therefore, it does not propose a modification of the text and under these conditions, it cannot be interpreted as an actual method of exercising the right of amendment, which

Au fil des ans, le Conseil constitutionnel a élaboré une jurisprudence riche et fouillée à la recherche d'un équilibre entre le maintien des prérogatives du Gouvernement qui est essentiel à la conduite des affaires de l'État et la sauvegarde des droits du Parlement tout autant nécessaire au débat démocratique. Or, parmi les droits des parlementaires, il y en a un qui est indispensable à un bon fonctionnement du débat démocratique, c'est le droit d'initiative, qu'il se manifeste sous la forme d'une proposition de loi ou sous celle du droit d'amendement, lequel n'est qu'un « corollaire » du premier, selon la formule d'Eugène Pierre⁹¹. Le droit d'amendement est la meilleure et la pire des choses, la meilleure lorsque, par son contenu, il contribue à enrichir le débat et fait progresser la délibération sur la loi, la pire lorsqu'il est utilisé par l'opposition pour faire obstruction en noyant le projet de loi du gouvernement sous un déluge d'amendements et par la majorité pour englober les amendements de l'opposition sous des torrents de sous-amendements. Le droit d'amendement et de sous-amendement, on l'aura compris, se prête facilement aux abus. Les assemblées elles-mêmes en sont conscientes.

En 1973, le Sénat avait réformé son Règlement afin de ne déclarer recevables les sous-amendements que s'ils n'ont pas pour effet « de dénaturer l'esprit ou de contredire le sens des amendements auxquels ils s'appliquent ». Le Conseil constitutionnel n'a pas objecté à l'irrecevabilité opposée à un sous-amendement ayant pour « effet de contredire le sens » de l'amendement auquel il s'applique au motif que le dépôt d'un tel sous-amendement équivaut à une prise de position défavorable qui tend simplement à éviter qu'il soit adopté, voire à provoquer son retrait, donc qui ne propose pas une modification du texte, et que, dans ces conditions, il ne saurait en conséquence être analysé comme une véritable modalité de

91 E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, re-ed. Loysel, 1989, t. 2, p. 843, § 696.

91 E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, rééd. Loysel, 1989, t. 2, p. 843, § 696.

the Constitution grants to members of Parliament and the Government (Art. 44, para. 1). Conversely, it has declared that the words "undermine the spirit" are non-compliant with the Constitution on the grounds that the notion of a secondary amendment undermining the spirit of an amendment is so "eminently subjective and highly imprecise" that it runs the risk of resulting in an arbitrary suppression of the right to introduce a secondary amendment⁹². The Constitutional Council constantly refines its analytical methods and has spent 30 years trying to identify an objective criterion that would define the arbitrary, unreasonable or to put it briefly, the abusive use of the right of amendment, either by the government or by parliamentarians.

It took a first step in 1985, by reserving the right, by means of *obiter dictum*, to censure the provisions contained in a piece of legislation that had been added as a result of amendments, by the government itself, while the process was underway, because it had forgotten them, and which "had no link whatsoever with the other provisions of the law"⁹³. The following year, it gave it the right to add provisions to the text at the last minute, in the form of amendments or additional articles, following the adoption of an agreed text by the joint committee of the two houses of Parliament and just before the final vote, but only on conditions that the new provisions are not "unconnected" with the text and that they do not "by their purpose and scope, exceed the limits inherent in exercising the right of amendment"⁹⁴. The government took no notice of the warning and used amendments to add a whole set of measures to a law on various social initiatives, which fundamentally changed

l'exercice du droit d'amendement qui est reconnu aux membres du Parlement et au Gouvernement par la Constitution (art. 44, al. 1). En revanche, il a déclaré non conforme à la Constitution les mots « dénaturer l'esprit » au motif que la notion de dénaturation de l'esprit d'un amendement par un sous-amendement présente un « caractère éminemment subjectif et tellement imprécis » qu'elle risque d'aboutir à la suppression arbitraire du droit de présenter un sous-amendement⁹². Affinant toujours plus ses méthodes d'analyse, le Conseil constitutionnel a mis trente ans à trouver le critère objectif qui définit l'usage arbitraire, déraisonnable, bref, abusif, du droit d'amendement, que ce soit par le gouvernement ou par les parlementaires.

En 1985, il fit un premier pas en se réservant, par voie d'*obiter dictum*, la possibilité de censurer des dispositions contenues dans un texte de loi qui y auraient été ajoutées par voie d'amendements, par le gouvernement lui-même, en cours de route pour ainsi dire, parce qu'il les aurait oubliées, et qui seraient « dépourvus de tout lien avec les autres dispositions de la loi »⁹³. L'année suivante, il lui accorda le droit d'ajouter, à la dernière minute, des dispositions au texte par voie d'amendements ou d'articles additionnels, après l'adoption d'un texte commun par la commission mixte paritaire et juste avant le vote final, mais à condition que ces dispositions nouvelles ne soient pas « sans lien » avec le texte et qu'elles ne dépassent pas « par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement »⁹⁴. Le gouvernement n'eut cure de l'avertissement et il ajouta à une loi portant diverses mesures d'ordre social et par voie d'amendements tout

92 Decision no. 73-49 DC of 17 May 1973, *Resolution amending certain articles of the Senate regulations*, recitals 6, 7 and 8.

93 Decision no. 85-191 DC of 10 July 1985, *Act pertaining to various economic and financial provisions*, recital 2.

94 Decision no. 86-221 DC of 29 December 1986, *Finance Act for 1987*, recital 5.

92 Décision n° 73-49 DC du 17 mai 1973, *Résolution tendant à modifier certains articles du règlement du Sénat*, cons. 6, 7 et 8.

93 Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 2.

94 Décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, *Loi de finances pour 1987*, cons. 5.

or supplemented several provisions of the Labour Code, following the refusal of the President of the Republic to sign an order containing precisely these provisions. The opposition referred the case to the Constitutional Council, which criticised the government's manoeuvre on the grounds that, given their scale and significance, the provisions concerned "exceeded the limits inherent in exercising the right of amendment" and that they could not be introduced into the bill as an amendment "without disregarding the distinction established between government and private members' bills referred to in Article 39 of the Constitution and the amendments made to such bills pursuant to Article 44, paragraph 1"⁹⁵.

This case law, known as the *Séguin Amendment*, which added a review of the amendment's connection for the text to the examination of the scale and scope of the amendments, caused a general outcry, particularly by the presidents of the two houses of Parliament, who saw it as the Constitutional Council interfering in matters that were internal parliamentary affairs. Such purely political criticism missed the essential point, which was a legal issue. Given that the Constitution establishes a distinction between introducing and amending a law, by providing separate procedures for each – any government bill is submitted to the Conseil d'Etat for examination (Art. 39, 2) and then passes to the Cabinet, while amendments do not – the Constitutional Council cannot fail to draw the legal consequences that arise as a result, without treating the procedures and therefore the mechanisms that guarantee the rights provided for in the Constitution, with disdain. This case law responded to the fears of enlightened legal thinking which was concerned about the previous absence of any control of the exercise of the right to amendment, which it had viewed as "regrettable from the

un ensemble de mesures qui modifiaient en profondeur ou complétaient plusieurs dispositions du Code du travail à la suite du refus du Président de la République de signer une ordonnance comportant précisément ces dispositions. Sur saisine de l'opposition, le Conseil constitutionnel censura la manœuvre au motif que, par leur ampleur et leur importance, les dispositions en cause « excédaient les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement » et qu'elles ne pouvaient pas être introduites dans le projet de loi, par voie d'amendement, « sans que soit méconnue la distinction établie entre les projets et propositions de loi visés à l'article 39 de la Constitution et les amendements dont ces derniers peuvent faire l'objet en vertu de l'article 44, alinéa 1 »⁹⁵.

Cette jurisprudence, dite *Amendement Séguin*, qui ajouta au contrôle du lien de l'amendement avec le texte celui de l'ampleur et de la portée des amendements, souleva une levée de boucliers, surtout par les présidents des assemblées, qui y virent une ingérence du Conseil constitutionnel dans des matières qui relèvent des affaires intérieures du Parlement. De portée purement politique, la critique manque l'essentiel qui se situe sur un plan juridique. Dès lors que la Constitution établit une distinction entre l'initiative et l'amendement en prévoyant des procédures distinctes pour l'une et pour l'autre – tout projet de loi est soumis pour examen au Conseil d'État (art. 39, 2) et passe en Conseil des ministres, alors que l'amendement en est dispensé – le Conseil constitutionnel ne peut pas en tirer les conséquences juridiques qui en découlent, sauf à faire fi des procédures, donc, des mécanismes de garantie des droits prévues par la Constitution. Cette jurisprudence a répondu aux craintes d'une doctrine éclairée qui s'était émue de l'absence antérieure de tout contrôle sur l'exercice du droit d'amendement qu'elle avait jugée « regrettable du point

⁹⁵ Decision no. 86-225 DC of 23 January 1987, *Act on various social measures*, recital 11.

⁹⁵ Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, cons. 11.

point of view of the interests of procedure and bicameralism" ⁹⁶.

In the 1990s, once the right of amendment had been constitutionally controlled from a procedural point of view, the Constitutional Council refused to get bogged down in a review of the substance of the amendments put forward, which was the only way (according to the opposition) of checking the legitimacy of the inadmissibility claimed. In brief, although it is a highly complex matter, the regulations of the houses of Parliament provide that, in principle, every amendment must be discussed. But what happens when over 3,000 amendments are tabled on a piece of legislation? The Constitutional Council has elegantly resolved the problem by ruling that "since the regulations of the houses of Parliament do not themselves have any constitutional value, any disregard of (their) provisions cannot render the procedure contrary to the Constitution provided it has not disregarded the provisions of the Constitution, by preventing a challenge to decisions on inadmissibility", which means that a review of a motion by the house to eliminate 2,870 of them at a stroke does not fall within the remit of the Constitutional Council⁹⁷. The solution was confirmed eight days later, with regard to a single, overall motion of inadmissibility introduced in the Senate in relation to 46 amendments⁹⁸.

Going a step further, the Constitutional Council has even constitutionalised parliamentary debate itself. Based on the extensive powers given to it by the Constitution to review the legislative procedure and the experience it has acquired in respect of the right of amendment, it has taken

de vue des intérêts de la procédure et du bicaméralisme » ⁹⁶.

Dans les années 1990, le droit d'amendement ayant été constitutionnellement encadré d'un point de vue procédural, le Conseil constitutionnel a refusé de s'enliser dans un contrôle au fond des amendements déposés, seul moyen (selon l'opposition) de vérifier le bien-fondé de l'irrecevabilité opposée. Pour dire en quelques mots l'essentiel d'une matière fort complexe, les règlements des assemblées prévoient qu'en principe, chaque amendement doit être discuté. Mais que se passe-t-il lorsque près de trois mille sont déposés sur un texte ? Le Conseil constitutionnel a résolu la question avec élégance en jugeant que « les règlements des assemblées parlementaires n'ayant pas par eux-mêmes une valeur constitutionnelle, la méconnaissance de (leurs) dispositions ne saurait avoir pour effet de rendre la procédure contraire à la Constitution dès lors qu'elle n'a pas méconnu les dispositions de celle-ci en empêchant une contestation des décisions d'irrecevabilité », de sorte que le contrôle de la motion de l'assemblée qui élimine 2 870 d'entre eux d'un coup ne relève pas du Conseil constitutionnel⁹⁷. La solution fut confirmée huit jours plus tard à propos d'une seule motion globale d'irrecevabilité opposée par le Sénat à quarante-six amendements⁹⁸.

Poursuivant plus avant, le Conseil constitutionnel a même constitutionnalisé le débat parlementaire lui-même. À partir des larges pouvoirs de contrôle sur la procédure législative que la Constitution lui a donnés et de l'expérience acquise en matière de droit d'amendement,

96 G. Carcassonne, "À propos du droit d'amendement: les errements du Conseil constitutionnel", *Pouvoirs*, no. 41 (1987), p. 163 s., 164.

97 Decision no. 93-329 DC of 13 January 1994, *Act on the conditions for providing assistance to investments by private educational institutions by local authorities*, recital 6 and 15.

98 Decision no. 93-334 DC of 20 January 1994, *Act instituting a sentence without possibility of remittance in relation to the new Criminal Code and certain provisions of criminal procedure*, recital 2 and 6.

96 G. Carcassonne, « À propos du droit d'amendement : les errements du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 41 (1987), p. 163 s., 164.

97 Décision n° 93-329 DC du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, cons. 6 et 15.

98 Décision n° 93-334 DC du 20 janvier 1994, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*, cons. 2 et 6.

the view that "the proper conduct of the democratic debate and therefore, the proper functioning of the constitutional public authorities assume that the right of amendment granted to parliamentarians should be fully respected (...), that both parliamentarians and the Government should use the procedures available to them unhindered (...) and that this two-fold requirement implies that there should be no manifestly excessive use of such rights"⁹⁹. This view has been repeated on numerous occasions¹⁰⁰. Going even further, starting in the 2000s, and to provide even more effective control of the manifest abuse of the right of amendment, the Constitutional Council began to specify "the link" the amendment must have with the original text, failing which it could be declared inadmissible, depending on the point at which it was tabled. The idea is that, the further the debate progresses, the closer parliamentarians are to reaching a final agreement, and the more the link between the amendment and the text under discussion should be clear, or in fact, strikingly obvious. The rule during the first reading is that the proposed amendment "must have some link with the subject of the text of the proposed legislation"; the rule after the second reading is more stringent, insofar as the amendment "must have a *direct connection with a provision that is still under discussion*"¹⁰¹. These conditions, at two clearly distinguishable stages in the parliamentary procedure (the path is perfectly signposted), the consequences of which are finely differentiated (the first condition refers only to a *link with the text*, while the second requires a *direct connection*, not with the

il a considéré que « le bon déroulement du débat démocratique et, partant, le bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels, supposent que soit pleinement respecté le droit d'amendement conféré aux parlementaires (...), que parlementaires comme Gouvernement puissent utiliser sans entrave les procédures mises à leur disposition (...), que cette double exigence implique qu'il ne soit pas fait un usage manifestement excessif de ces droits »⁹⁹. Cette jurisprudence fut répétée à de nombreuses reprises¹⁰⁰. Allant toujours plus loin, à partir des années 2000, et pour encore mieux contrôler l'abus manifeste du droit d'amendement, le Conseil constitutionnel a commencé à préciser « le lien » que l'amendement doit avoir avec le texte sous peine d'irrecevabilité en fonction du moment auquel il est déposé. L'idée est que, plus le débat progresse, plus les parlementaires s'approchent d'un accord final, et plus le lien de l'amendement avec le texte en discussion doit être clair, pour ne pas dire, éclatant. Au cours de la première lecture, la règle est que l'amendement proposé « doit *ne pas être dépourvu de tout lien* avec l'objet du texte déposé » ; après la seconde lecture, la règle est plus exigeante dans la mesure où l'amendement « doit être *en relation directe avec une disposition restant en discussion* »¹⁰¹. Ces conditions placées à deux étapes clairement distinctes de la procédure parlementaire (le chemin est parfaitement balisé) et dont les conséquences sont finement graduées (la première condition ne parle que d'un *lien avec le texte*, mais la seconde requiert une *relation directe*, quoique pas avec le texte en général,

⁹⁹ Decision no. 95-370 DC of 30 December 1995, *Act authorising the Government, pursuant to Article 38 of the Constitution, to reform social security*, recitals 10 and 11.

¹⁰⁰ Decision no. 2003-468 DC of 3 April 2003, *Act pertaining to the election of regional councillors and representatives of the European Parliament and public support for political parties*, recital 3; Decision no. 2012-662 DC of 29 December 2012, *Finance Act for 2013*, recitals 4 and 5.

¹⁰¹ Decision no. 2005-532 DC of 19 January 2006, *Act pertaining to the fight against terrorism and containing various provisions concerning security and border controls*, recitals 25 and 26.

⁹⁹ Décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale*, cons. 10 et 11.

¹⁰⁰ Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, cons. 3 ; Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 4 et 5.

¹⁰¹ Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, cons. 25 et 26.

text in general but more specifically, one of the provisions that is still under discussion), constitute what is commonly known as the “funnel” model of case law. The further the houses of Parliament progress in examining a piece of legislation, the tighter the vice becomes. They are an extension of the 1995 precedent referred to above.

The case law suggests that the procedures made available to the government and parliamentarians, such as the right of amendments, should not serve partisan, sectoral or individual interests – in short, political interests – but rather “the proper conduct of the democratic debate and therefore, the proper functioning of the constitutional public authorities”. In other words, such procedures should serve the general interest. The Constitutional Council’s innovative and constructive case law on the right of amendment was partly constitutionalised in 2008, as part of the constitutional review on institutional modernisation. A sentence was added to Article 45, paragraph 1 of the Constitution, which states that “all amendments which have a link, even an indirect one, with the text that was tabled or transmitted, shall be admissible on first reading”¹⁰².

C. Review of internal constitutionality

This refers to Parliament’s compliance with the rules pertaining to the material content of the law in respect of the guarantees provided by the Constitution. One of the

mais de manière plus précise avec l’une de ses dispositions qui reste encore en débat) constituent ce qu’il est convenu d’appeler « la jurisprudence de l’entonnoir ». Plus les assemblées progressent dans l’examen d’un texte, plus l’étau se resserre. Elles sont le prolongement de la jurisprudence de 1995 précitée.

De cette jurisprudence se dégage l’idée que les procédures mises à la disposition du gouvernement et des parlementaires comme le droit d’amendement ne doivent pas servir des intérêts partisans, sectoriels, particuliers, bref, des intérêts politiques, mais doivent servir à « un bon déroulement du débat démocratique et, partant, à un bon fonctionnement des pouvoirs publics constitutionnels ». En d’autres termes, ces procédures doivent servir l’intérêt général. La jurisprudence innovante et constructive du Conseil constitutionnel sur le droit d’amendement a été constitutionnalisée pour partie en 2008 à l’occasion de la révision constitutionnelle sur la modernisation des institutions. L’article 45, alinéa 1 de la Constitution a été complété par une phrase qui indique que « tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu’il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ».¹⁰²

C. Le contrôle de constitutionnalité interne

Il s’agit du contrôle du respect par le Parlement des règles relatives au contenu matériel de la loi au regard des garanties posées par la Constitution. L’une des

¹⁰² Constitutional Act no. 2008-724 of 23 July 2008 on institutional modernisation in the Vth Republic, Article 20. The purpose of the “even indirect” phrase was to soften the Constitutional Council’s case law on the admissibility of amendments. However, as the number of amendments has increased, the Constitutional Council has maintained its position of requiring a link between the amendment and the text under discussion, Decision no. 2009-575 DC of 12 February 2009, *Act pertaining to the acceleration of public and private building and investment programmes*, recital 6.

¹⁰² Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, article 20. L’incise « même indirecte » avait pour finalité d’infléchir la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la recevabilité des amendements. Toutefois, face à leur multiplication, le Conseil constitutionnel a maintenu sa jurisprudence exigeant un lien entre l’amendement et le texte en discussion, Décision n° 2009-575 DC du 12 février 2009, *Loi pour l’accélération des programmes de construction et d’investissement publics et privés*, cons. 6.

great innovations of the 1958 Constitution was to assign a domain to the law (Art. 34). Michel Debré explained the reasons for this in his speech to the Conseil d'État:

"The article in which we have tried to define the domain of the law is one of those that caused most astonishment. This is a surprising reaction. From the point of view of principles, the definition is standard and it is the confusion between statutes, regulations and even individual measures that is an absurdity. From the factual point of view, our legal system had reached such a point of confusion and congestion that one of the most constant efforts, but which has nonetheless been in vain for the last ten years, has been to "unblock" a parliamentary agenda that has been overwhelmed by the excessive number of laws passed for some many years, in areas where Parliament should not normally be competent to legislate."

It is clear from these explanations that the word "domain" was not being used at all in the same way that it might be in a federal State, as indicated by the Minister of Justice when he stated that in a presidential regime (although he did not say so, it was clear that he implicitly meant the United States): "Legislative assemblies are devoid of any government influence: their domain is that of the law, and it is a *well-defined domain*". Indeed, the US Congress does have a limited and well-defined domain: its areas of competence are listed in Article I, sec. 8 of the Federal Constitution and in principle, anything that is not mentioned is prohibited. The Constitutional Council has never interpreted the domain of the law in these terms. No domain falls outside the competence of the legislature. Competence to legislate is left to its discretion, but in practice it has no choice but to legislate, i.e. to set out "principles" or "rules" in a whole series of areas listed in Article 34 of the Constitution or in other constitutional provisions. And if it chooses to do so, it must do it fully, complying with all the provisions of the Constitution, failing which it can face censure, as we

grandes innovations de la Constitution de 1958 fut d'assigner à la loi un domaine (art. 34). Dans son discours devant le Conseil d'État, Michel Debré en expliqua ainsi les raisons :

« L'article où l'on a tenté de définir le domaine de la loi est de ceux qui ont provoqué le plus d'étonnement. Cette réaction est surprenante. Du point de vue des principes, la définition est normale et c'est la confusion de la loi, du règlement, voire de la mesure individuelle qui est une absurdité. Du point de vue des faits, notre système juridique était arrivé à un tel point de confusion et d'engorgement qu'un des efforts les plus constants, mais tenté en vain au cours des dix dernières années, était de "désencombrer" un ordre du jour parlementaire accablé par l'excès des lois passées depuis tant d'années en des domaines où le Parlement n'a pas normalement compétence législative. »

De ces explications, il ressort que le mot « domaine » n'était pas du tout utilisé comme il peut l'être dans un État fédéral et qu'évoquait le Garde des sceaux lorsqu'il soulignait que, dans un régime présidentiel (sans les nommer, il est clair qu'il visait implicitement les États-Unis) : « Les assemblées législatives sont dépourvues de toute influence gouvernementale : leur domaine est celui de la loi, et c'est un *domaine bien défini* ». Effectivement, le Congrès des États-Unis a un domaine circonscrit et bien défini ; ses compétences sont énumérées dans l'article I, sec. 8, de la Constitution fédérale et, en principe, ce qui n'est pas mentionné, est interdit. Le Conseil constitutionnel n'a jamais interprété le domaine de la loi dans ces termes. Aucun domaine n'est interdit au législateur. La compétence pour légiférer est laissée à sa libre discrétion, mais il ne peut que légiférer, c'est-à-dire, poser des « principes » ou des « règles » dans toute une série de matières énumérées à l'article 34 de la Constitution ou par d'autres dispositions constitutionnelles. Et s'il choisit de le faire, il doit le faire pleinement, en respectant toutes les dispositions de la Constitution, sauf à encourir,

will see, for failing to exercise the powers vested in it.

The principle is that the legislature is free to decide, in terms of both the subjects on which it chooses to legislate and the point at which it intervenes. The only constraints limiting its freedom of action must be "requirements". The rule was established between 1984 and 1986¹⁰³; today it is set out in a statement of principle that has been constantly repeated since:

"It is permissible at any time for the legislature, ruling in the domain reserved for it by Article 34 of the Constitution, to amend previous legislation or repeal it, substituting other provisions if necessary; it is similarly permissible, in order to achieve or reconcile constitutional objectives, for it to adopt new arrangements, the appropriateness of which is assessed by the legislature, and which may include the amendment or removal of provisions it considers excessive or futile; however, the exercise of this power cannot result in depriving constitutional requirements of legal guarantees."¹⁰⁴

The case law on the essential limitation of legislative power is now well established and has been steadily refined. In the first place, the necessary constitutional requirements are obviously specific for French law only, and do not apply to foreign law. For example, one particularly strong requirement of French constitutionalism is that of equality. In the decision on the act that gave people of the same sex the right to marry, this was the first constitutional requirement taken into account by the Constitutional Council, but it limited it to what is required

comme nous le verrons, une censure pour incompétence négative.

Le principe est que la liberté du législateur est la règle, tant sur la matière choisie pour légiférer que sur le moment où il intervient. Les seules contraintes qui limitent sa liberté d'action doivent être des « exigences ». La règle fut élaborée entre 1984 et 1986¹⁰³ ; elle est aujourd'hui énoncée dans un considérant de principe constamment repris depuis :

« Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ; cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel. »¹⁰⁴

La jurisprudence sur la limite essentielle du pouvoir législatif est aujourd'hui bien établie et n'a cessé de se perfectionner. En premier lieu, les « exigences » constitutionnelles requises sont évidemment propres au seul droit français, non à un droit étranger. Par exemple, une exigence particulièrement forte du constitutionnalisme français est celle d'égalité. Dans la décision sur la loi ouvrant un droit au mariage pour les personnes de même sexe, c'est d'ailleurs la première exigence constitutionnelle que le Conseil constitutionnel a prise en considération,

103 Decision no. 84-184 DC of 29 December 1984, *Finance Act for 1985*, recital 34 Decision no. 86-210 DC of 29 July 1986, *Act pertaining to the reform of the legal regime of the press*, recital 2; Decision no. 86-217 DC of 18 September 1986, *Act pertaining to the freedom of communication*, recital 4.

104 Decision no. 86-210 DC of 29 July 1986, *Act pertaining to the reform of the legal regime of the press*, recital 2.

103 Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, cons. 34 ; Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, cons. 2 ; Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 4.

104 Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, cons. 2.

by the French Constitution, rather than accepting the thesis put forward by the opposition, which would have given it the scope it has in certain foreign laws (German law, in particular), which require people in different situations to be treated differently¹⁰⁵. The legislature's discretion extends to the field in which the law is applied¹⁰⁶. If the law affects categories of people or businesses that believe they should be exempt from it, it is only insofar as it infringes one of the rights or freedoms that the Constitution both recognises and guarantees¹⁰⁷. Any other solution would mean acknowledging that the law may not be the same for everyone. The legislature's discretion also extends to the conditions under which the rules it dictates come into effect; it can decide whether they should become effective immediately¹⁰⁸ or whether there should be transitional measures¹⁰⁹. With regard to the application of the law at a point in time, it may make a new law retroactive in scope, provided it applies to a situation falling outside the criminal law¹¹⁰, since the principle that laws are not retroactive only has constitutional value in criminal matters¹¹¹. Provided that it stays within

mais il l'a limitée à ce qu'exige la Constitution française, sans épouser la thèse de l'opposition qui aurait voulu lui donner la portée qu'il revêt dans certains droits étrangers (en particulier, le droit allemand) qui obligent à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes¹⁰⁵. La discrétion du législateur s'étend au champ d'application de la loi¹⁰⁶. Si la loi atteint des catégories de personnes ou d'entreprises qui estiment devoir en être exemptées, ce n'est qu'en tant qu'elle violerait à leur encontre un droit ou une liberté que la Constitution leur reconnaît et leur garantit¹⁰⁷. Toute autre solution reviendrait à reconnaître que la loi peut ne pas être la même pour tous. La discrétion du législateur s'étend aussi aux conditions d'entrée en vigueur des règles qu'il édicte; il peut décider une entrée en vigueur immédiate¹⁰⁸ ou des mesures transitoires¹⁰⁹. S'agissant de l'application de la loi dans le temps, il peut donner une portée rétroactive à la règle nouvelle dès lors qu'elle s'applique à une situation étrangère à la matière pénale¹¹⁰, le principe de non-rétroactivité des lois n'ayant valeur constitutionnelle qu'en matière répressive¹¹¹. Pour autant

¹⁰⁵ Decision no. 2013-669 DC of 17 May 2013, *Act providing for same-sex marriage*, recital 15. In the French legal tradition, the principle of equality does not necessarily imply that people who find themselves in different situations are subject to different regimes, CE Ass., 28 March 1997, *Baxter company*, Rec. p. 114; CC, Decision no. 2003-489 DC of 29 December 2003, *Finance Act for 2004*, recital 37.

¹⁰⁶ Decision no. 83-162 DC of 20 July 1983, *Act pertaining to the democratisation of the public sector*, recital 7; Decision no. 86-210 DC of 29 July 1986, *Act pertaining to the reform of the legal regime of the press*, recital 5.

¹⁰⁷ Decision no. 83-162 DC of 20 July 1983, *supra* note 106, recital 8.

¹⁰⁸ Decision no. 79-104 DC of 23 May 1979, *Act amending the methods of election for the Territorial Assembly and the Government Council of the territory of New Caledonia and dependencies and defining the general rules for contractual technical and financial assistance from the state*, recital 9.

¹⁰⁹ Decision no. 84-172 DC of 26 July 1984, *Act pertaining to the control of agricultural businesses and the status of tenant farming*, recital 22.

¹¹⁰ Decision no. 84-183 DC of 18 January 1985, *Act pertaining to placing businesses in administration and judicial winding-up*, recital 4.

¹¹¹ Decision no. 86-207 DC of 26 June 1986, *Act authorising the Government to take various economic and social measures*, recital 35.

¹⁰⁵ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 15. Dans la tradition juridique française, le principe d'égalité n'implique pas nécessairement que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes différents, CE Ass., 28 mars 1997, *Société Baxter*, Rec. p. 114; CC, Décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 37.

¹⁰⁶ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, cons. 7; Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, cons. 5.

¹⁰⁷ Décision n° 83-162 DC du 20 juillet 1983, *supra* note 106, cons. 8.

¹⁰⁸ Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, cons. 9.

¹⁰⁹ Décision n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage*, cons. 22.

¹¹⁰ Décision n° 84-183 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, cons. 4.

¹¹¹ Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 35.

its domain, the legislature clearly has extensive discretion but it is important that it does so, because as soon as it steps outside it, by ceasing to make law as such, its power is extinguished.

The legislature's freedom ceases when it uses the law to act in a way, in the domain reserved for it, which is prohibited by the Constitution and is based on the "principle of the separation of powers"¹¹² For example, the legislature cannot enjoin the government to implement powers that fall within its exclusive jurisdiction, such as taking implementing measures that lie within the remit of regulatory power¹¹³, or ask it to table a bill¹¹⁴, or present a coherent set of measures to the next session, aimed at resolving the French birth-rate crisis¹¹⁵, or prescribe how it should use the funds generated from the financial penalties imposed in political parties, in the form of a reduction in the assistance granted to them, if they failed to promote equal access for men and women to electoral mandates and elective offices¹¹⁶.

When the legislature decides to legislate it must use its legislative power in full; it must exhaust the authority conferred on it. This is the central point of the fault of failing to exercise the power vested in the legislature, which is under the control of the Constitutional Council. Initially identified by Laferrière in administrative

qu'il reste dans son domaine, la discrétion du législateur, on le voit, est étendue, mais il faut qu'il y reste car, dès qu'il en sort, en cessant de faire la loi, à proprement parler, son pouvoir s'éteint.

La liberté du législateur cesse lorsqu'il utilise la loi pour faire dans le domaine qui lui est réservé ce qu'il lui est interdit de faire par la Constitution et qui découle du « principe de la séparation des pouvoirs »¹¹². Par exemple, le législateur ne peut pas enjoindre au gouvernement de mettre en œuvre des compétences qui ressortent de ses attributions exclusives comme prendre des mesures d'application qui relèvent du pouvoir réglementaire¹¹³, ou lui demander de déposer un projet de loi¹¹⁴, ou de présenter à la prochaine session un ensemble cohérent de mesures visant à remédier à la crise de la natalité française¹¹⁵, ou encore lui prescrire la manière d'utiliser les crédits issus de la pénalité financière qui frappe les partis politiques sous forme d'une diminution de l'aide qui leur est allouée s'ils manquaient de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives¹¹⁶.

Lorsque le législateur a décidé de légiférer, il doit aller jusqu'au bout de son pouvoir législatif ; il doit épuiser la compétence qui lui a été confiée. De là vient la centralité du vice d'incompétence négative du législateur dans le contrôle du Conseil constitutionnel. Initialement dégagé par Laferrière dans le contentieux

112 Decision no. 2009-577 DC of 3 March 2009, *Act pertaining to Audiovisual Communication and the New Public Television Service*, cons. 30.

113 *Ibid.*, recital 31.

114 Decision no. 66-7 FNR of 21 December 1966, *Proposal for legislation put forward by M. Baudis, member of the National Assembly, resulting from the report of the special commission, concerning compensation for the harm suffered by French citizens repatriated from overseas*, recital 6.

115 Decision no. 78-102 DC of 17 January 1979, *Act pertaining to approval of a report on the adaptation of the VIIth Plan*, recital 2.

116 Decision no. 2000-429 DC of 30 May 2000, *Act to promote equal access of women and men to electoral mandates and elective offices*, recital 14.

112 Décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*, cons. 30.

113 *Ibid.*, cons. 31.

114 Décision n° 66-7 FNR du 21 décembre 1966, *Proposition de loi de M. Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les Français rapatriés d'outre-mer*, cons. 6.

115 Décision n° 78-102 DC du 17 janvier 1979, *Loi portant approbation d'un rapport sur l'adaptation du VII^e Plan*, cons. 2.

116 Décision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, cons. 14.

litigation¹¹⁷, examining the fault of failing to exercise power has become essential for examining the correct exercise by Parliament of the powers assigned to it by the Constitution. According to the expression used by Doyen Vedel, this examination obliges the Constitutional Council to enter into a "tête-à-tête"¹¹⁸ with the law. Whenever the law has a direct or indirect effect on the rights or freedoms guaranteed by the Constitution, the Council will ask whether it sufficient guarantees for them, which takes it from the law to rights, not the other way round, as in most constitutional courts. It will ask itself, for example: Are there any defects in the law? What criticisms might be levelled at the legislature? Has Parliament exhausted all the authority conferred on it by the Constitution?

The fault of incompetence entered the case law in 1967, in relation to a reform of the status of the judiciary, which is guaranteed by an Institutional Act. This had been amended and relied on a public administration regulation¹¹⁹ to predict the conditions under which assistant judges ("conseillers référendaires") could be automatically assigned to a job as a sitting judge, once they had completed ten years' service. The Constitutional Council criticised the reliance on a simple public administration regulation to "set the conditions for the assignment of said judges, without an Institutional Act having determined the guarantees that would reconcile the consequences of the temporary nature of the duties of assistant judge to the Court of Cassation with the principle of

administratif¹¹⁷, l'examen du vice d'incompétence est devenu essentiel pour examiner le bon exercice par le Parlement des compétences qui lui ont été attribuées par la Constitution. Selon l'expression du Doyen Vedel, cet examen oblige le Conseil constitutionnel à entrer en « tête-à-tête »¹¹⁸ avec la loi. 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 non l'inverse comme 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 ?

Le vice d'incompétence est entré dans la jurisprudence en 1967 à l'occasion d'une réforme du statut de la magistrature qui est garanti par une loi organique. Celle-ci avait été modifiée et renvoyait à un règlement d'administration publique¹¹⁹ le soin de prévoir les conditions dans lesquelles les conseillers référendaires pourraient être affectés d'office à un emploi de magistrat du siège, une fois leurs dix ans de service accomplis. Le Conseil constitutionnel a censuré le renvoi à un simple règlement d'administration publique du soin de « fixer les conditions d'affectation desdits magistrats sans que la loi organique ait déterminé les garanties de nature à concilier les conséquences découlant du caractère temporaire des fonctions de conseiller référendaire à la Cour de cassation avec le

117 "There is a failure to exercise the power vested in its whenever an authority declared that it is not competent to take a decision it is empowered to take", E. Lafférière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Vol. II, Berger-Levrault, 1896, 2^e éd., p. 519; see also R. Odent, *Contentieux administratif* (éd. 1976-1980), Vol. II, reprinted by Dalloz, 2007, p. 388.

118 G. Vedel, "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I)", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, no. 1 (1996), p. 57 s., 62, § 15.

119 The public administration regulation was a regulatory act taken following consultation with the general assembly of the Conseil d'État, which was abolished in 1980 and replaced with the Conseil d'État decree.

117 « Il y a incompétence négative chaque fois qu'une autorité décline sa compétence pour prendre une décision qu'elle a qualité pour prendre », E. Lafférière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome II, Berger-Levrault, 1896, 2^e éd., p. 519 ; v. aussi R. Odent, *Contentieux administratif* (éd. 1976-1980), Tome II, Réimpression Dalloz, 2007, p. 388.

118 G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1 (1996), p. 57 s., 62, § 15.

119 Le règlement d'administration publique était un acte réglementaire pris après consultation de l'assemblée générale du Conseil d'État, qui a été supprimé en 1980 et remplacé par le décret en Conseil d'État.

the non-removability applicable to sitting judges”¹²⁰. The legislature had done a sloppy job, so to speak, on a serious and important question for the protection of freedoms. In the same vein, in 1984, the Council implicitly criticised the legislature’s failure to provide adequate protection for the independence of university professors, by combining them in a single college with all other lecturers and researchers for electing teaching representatives to university councils¹²¹.

The obligation on the public authorities to provide statutory protection for constitutional rights, namely all rights that relate to constitutional requirements¹²², applies to all areas of legislation but is particularly important in relation to criminal law and criminal procedure. As a result, the law must be the same for everyone and the legislature therefore cannot leave to the discretion of the President of the Tribunal de Grande Instance, whether to decide for themselves whether the court will have one or three judges¹²³. Nor can it authorise identity checks in the public areas of ports, airports, railway and bus stations that are open to international traffic or delegate to the regulatory authority the possibility of extending the limit of the border zone concerned

principe de l’inamovibilité des magistrats du siège »¹²⁰. Le législateur avait bâclé son travail, pour ainsi dire, sur une question grave et importante pour la protection des libertés. Dans le même ordre d’idées, en 1984, le Conseil censura implicitement l’incurie du législateur à protéger de manière adéquate l’indépendance de professeurs d’université en les mêlant dans un collège unique avec tous les autres enseignants-chercheurs pour l’élection des représentants des enseignants dans les conseils universitaires¹²¹.

L’obligation des pouvoirs publics de protéger les droits constitutionnels par la loi, tous les droits qui relèvent d’exigences constitutionnelles¹²², s’applique à tous les domaines de la législation, mais elle revêt une importance toute particulière en droit pénal et procédure pénale. Ainsi, la loi doit être la même pour tous, et le législateur ne peut donc pas laisser à la discrétion du président du tribunal de grande instance la faculté de décider de manière discrétionnaire si le tribunal sera composé de trois ou d’un seul magistrat¹²³. Il ne peut pas non plus autoriser des vérifications d’identité dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international, et déléguer au pouvoir

120 Decision no. 67-31 DC of 26 January 1967, *Institutional Act amending and supplementing order no. 58-1270 of 22 December 1958 on the Institutional Act relating to the status of the judiciary*, recital 4.

121 Decision no. 83-165 DC of 20 January 1984, *Higher Education Act*, recital 25.

122 Compare with Article 20a of the German Basic Law [Protection of the natural foundations of life] or the ruling in the case of *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 196 (1989) in which the Supreme Court refused to accept that any duty of protection against private actors could arise from the clause on the *due process of law* and stated: “Nothing in the language of the Due Process Clause itself requires the State to protect the life, liberty, and property of its citizens against invasion by private actors (...) Its purpose was to protect the people from the State, not to ensure that the State protected them from each other.”

123 Decision no. 75-56 DC of 23 July 1975, *Act amending and supplementing certain provisions of criminal procedure, notably the text amending Articles 398 and 398-1 of the Criminal Procedure Code*, recital 4.

120 Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l’ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, cons. 4.

121 Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l’enseignement supérieur*, cons. 25.

122 Comparer avec l’article 20a de la Loi fondamentale allemande [Protection des fondements naturels de la vie] ou encore avec l’arrêt *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189, 196 (1989) dans lequel la Cour suprême refuse d’admettre qu’un quelconque devoir de protection contre les personnes privées puisse découler de la clause sur la procédure régulière de droit (*due process of law*) et affirme : « Rien dans le libellé de la clause sur la procédure régulière de droit n’exige de l’État qu’il protège la vie, la liberté, et la propriété de ses citoyens contre les atteintes qu’ils subissent de la part de personnes privées (...) Son but fut de protéger les hommes contre l’État, non de faire en sorte que l’État les protège les uns des autres », in *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 667.

123 Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du Code de procédure pénale*, cons. 4.

beyond 20 kilometres, at its discretion¹²⁴. Moreover, the law must be sufficiently precise. In relation to tax, legislation that can be interpreted in at least two ways, either of which can be justified in the preparatory work, is viewed as not having established the rules concerning the basis for taxation and is not compliant with Article 34 of the Constitution¹²⁵.

In any event, it is the legislature's responsibility to exercise in full the authority conferred on it by the Constitution, in particular, Article 34; the exercise of its authority in full, confirmed in several decisions through the lens of the constitutional value of the intelligibility and accessibility of the law, which arises from Articles 4, 5, 6 and 16 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, requires it to make high-quality laws, which establish norms and impose obligations to act or not act in a particular way, given that the quality of the law is a constitutional requirement¹²⁶. With this in mind, the legislature must adopt "provisions that are sufficiently precise and unequivocal formulations" and "protect those subject to the law from an interpretation that is contrary to the Constitution or from the risk of arbitrary decisions, without passing onto to the administrative or judicial authorities the responsibility for establishing rules, the definition of

réglementaire la possibilité d'étendre à sa discrétion la limite de la zone frontalière concernée au-delà de vingt kilomètres¹²⁴. La loi doit par ailleurs contenir des précisions suffisantes. En matière fiscale, un texte susceptible d'au moins deux interprétations qui l'une comme l'autre peut trouver des justifications dans les travaux préparatoires est considéré comme n'ayant pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt et n'est pas conforme à l'article 34 de la Constitution¹²⁵.

En toutes circonstances, il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution, en particulier, son article 34; le plein exercice de cette compétence, consolidé dans plusieurs décisions par l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'édicter des lois de qualité, des lois qui posent des normes, des lois qui imposent des obligations de faire ou de ne pas faire, la qualité de la loi étant une exigence constitutionnelle¹²⁶. À cette fin, le législateur doit adopter « des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » et « prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin

¹²⁴ Decision no. 93-323 DC of 5 August 1993, *Act pertaining to identity checks and verifications*, recital 16.

¹²⁵ Decision no. 85-191 DC of 10 July 1985, *Act pertaining to various economic and financial provisions*, recital 5.

¹²⁶ Decision no. 2005-512 DC of 21 April 2005, *Framework Act on the future of schools*, recital 17; Provisions – such as Article 7 of the Act referred: "A school's objective is the success of all its pupils. – Given the diversity of pupils, the school must recognise and promote all forms of intelligence, to allow them to value their talents. – The education provided in school, under the authority of the teachers and with the support of parents, must allow every pupils to do the work and make the efforts necessary to enhance and develop not only their intellectual but also their manual, artistic and sporting aptitudes. It contributes to the preparation of their personal and professional prospects" – are manifestly "lacking in any normative scope" and are therefore contrary to the Constitution.

¹²⁴ Décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, cons. 16.

¹²⁵ Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 5.

¹²⁶ Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, cons. 17 : Des dispositions – comme l'article 7 de la loi déferée : « L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. – Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. – La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel » – sont « manifestement dépourvues de toute portée normative » et donc contraires à la Constitution.

which was assigned by the Constitution to statute”¹²⁷. For example, with regard to access for disabled people to buildings that are open to the public, other public facilities or workplaces, the legislature cannot pass to the regulatory authorities the responsibility of “establishing the conditions in which substitute measures (can) be taken” to guarantee said access. In the absence of any other stipulation, a provision of this kind is opaque, leaves those at whom it is aimed uncertain of the rights and fails to respond to the objective of the intelligibility and accessibility of the law¹²⁸. This case law applies generally and relates to all areas of legislation that implement or have consequences on the rights and freedoms guaranteed by the Constitution¹²⁹. It is not impossible for the legislature to rely on an implementing regulation, i.e. on the regulatory authorities, but it can only do so once it has exhausted its own authority. As a result, a law which, having “established in detail the limitations applicable to the exercise of the right of ownership” uses a decree to set out the conditions for its application, does not constitute an unlawful delegation of the legislature’s power to the regulatory authorities¹³⁰.

III. – Spirit

Like all other forms of constitutionalism, the spirit of French constitutionalism is closely linked to its origins. Unlike numerous European constitutional courts, and even the US Supreme Court, with regard

de fixer des règles dont la détermination n’a été confiée par la Constitution qu’à la loi »¹²⁷. Par exemple, s’agissant de l’accès des personnes handicapées à des établissements recevant du public, à des installations ouvertes au public ou à des lieux de travail, le législateur ne saurait se contenter de confier au pouvoir réglementaire le soin de « fixer les conditions dans lesquelles des mesures de substitution (pourront) être prises » pour garantir cet accès. À défaut de toute autre précision, une telle disposition est opaque, jette les destinataires dans l’incertitude de leurs droits et ne répond pas à l’objectif d’intelligibilité et d’accessibilité de la loi¹²⁸. Cette jurisprudence est d’application générale et concerne tous les domaines de la législation qui mettent en œuvre ou qui ont des conséquences sur les droits et libertés que la Constitution garantit¹²⁹. Le législateur n’est pas privé de renvoyer à un règlement d’application, c’est-à-dire au pouvoir réglementaire, mais il ne peut le faire qu’après avoir épuisé sa compétence. Ainsi, la loi qui, après avoir « fix(é) de façon précise des limitations apportées à l’exercice du droit de propriété », renvoie à un décret pour préciser ses conditions d’application ne comporte pas de délégation irrégulière de la compétence du législateur au pouvoir réglementaire¹³⁰.

III. – L’esprit

Comme tous les autres constitutionnalismes, l’esprit du constitutionnalisme français est indissociable de ses origines.

¹²⁷ Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006, *Copyright and related rights in the information society*, recital 9.

¹²⁸ Decision no. 2011-639 DC of 28 July 2011, *Act aiming to improve the functioning of departmental centres for disabled people and containing various provisions relating to disability policy*, recital 7 and 10.

¹²⁹ Decision no. 2013-674 DC of 1 August 2013, *Act amending Act no. 2011-814 of 7 July 2011 on bioethics, authorising research on embryos and embryonic stem cells under certain conditions*, recital 8.

¹³⁰ Decision no. 85-189 DC of 17 July 1985, *Act on defining and implementing territorial development principles*, recital 17.

¹²⁷ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d’auteur et aux droits voisins dans la société de l’information*, cons. 9.

¹²⁸ Décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, cons. 7 et 10.

¹²⁹ Décision n° 2013-674 DC du 1^{er} août 2013, *Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l’embryon et les cellules souches embryonnaires*, cons. 8.

¹³⁰ Décision n° 85-189 DC du 17 juillet 1985, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d’aménagement*, cons. 17.

to the control the Constitution grants it over state law¹³¹, the Constitutional Council was not created to provide protection for the rights and freedoms of the individual scorned by a State of the Union in the case of the United States, or a dictatorship in the losing states after the Second World War in the European case, in southern Europe in the 1980s, or in the countries of Central and Eastern Europe following the fall of the Berlin Wall in 1989, the model having been extended to South Africa after 1994 and the end of apartheid. From this point of view, the most sophisticated example is that of the German Constitutional Court, which was initially tasked with the educational rule of eradicating any trace of Nazi ideology from German society¹³², and which succeeded in eradicating the authoritarian, imperial and legalist tradition that had dominated the country since the XIXth century, to make it a model example of judicial constitutionalism today. The birth of the Constitutional Council was quite different.

The Constitutional Council was created to take France out of the regime of assembly in which the country was mired and meant that there was a change of government practically every six

À la différence de nombreuses des cours constitutionnelles européennes, et même de la Cour suprême des États-Unis pour ce qui concerne le contrôle que la Constitution lui attribue sur les lois d'États¹³¹, le Conseil constitutionnel n'a pas été créé pour assurer une protection aux droits et libertés de l'individu bafoués par un État de l'Union dans le cas américain ou par une dictature dans le cas européen après la Seconde Guerre mondiale dans les États vaincus, dans l'Europe du Sud dans les années 1980, dans les pays de l'Europe centrale et orientale après la chute du mur de Berlin en 1989, le modèle ayant été étendu à l'Afrique du Sud après 1994 et la fin de l'apartheid. De ce point de vue, l'exemple le plus achevé est celui de la Cour constitutionnelle allemande qui fut initialement chargée d'une mission éducative pour éradiquer de la société allemande toute trace de l'idéologie nazie¹³² et qui a réussi à extirper la tradition autoritaire, impériale et légaliste, qui dominait le pays depuis le XIX^e siècle pour en faire un modèle parmi les constitutionnalismes judiciaires d'aujourd'hui. Le Conseil constitutionnel n'a pas du tout été porté sur les mêmes fonts baptismaux.

Le Conseil constitutionnel a été créé pour sortir la France du régime d'assemblée dans lequel le pays était enlisé et qui faisait qu'il changeait de gouvernement pratiquement tous les six mois. C'est une donnée importante parce que cette

¹³¹ Article VI (2) of the United States Constitution: "This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding (italics added).

¹³² This point was very well explained by Judge Bruno-Otto Bryde, the first judge at the Constitutional Court in Karlsruhe to have been proposed by the Greens, who sat in the first Senate from 2001 to 2011. Among his writings in English, see B.-O. Bryde, "Constitutional Courts in Constitutional Transition", in 60 *Maal Recht en 1 Maal Wijn Rechtsoc.*, *Liber amicorum prof. dr. Jean Van Houtte*, F. Van Loon & K. von Acken ed., 1999, p. 235s; "Fundamental Rights as Guidelines and Inspiration: German Constitutionalism in International Perspective", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25 (2007), p. 189 s.

¹³¹ Article VI (2) de la Constitution fédérale : « La présente Constitution, et les lois des États-Unis qui seront prises pour son application, et tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays; et les juges dans chaque État seront liés par cette règle, nonobstant toute disposition contraire dans la constitution ou les lois de l'un quelconque des États » (italiques ajoutées).

¹³² Ce point a été fort bien expliqué par le juge Bruno-Otto Bryde, premier juge de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe à avoir été proposé par les Verts, qui y siégea de 2001 à 2011 dans le premier Sénat. Parmi ses écrits en langue anglaise, v. B.-O. Bryde, « Constitutional Courts in Constitutional Transition », in 60 *Maal Recht en 1 Maal Wijn Rechtsoc.*, *Liber amicorum prof. dr. Jean Van Houtte*, F. Van Loon & K. von Acken ed., 1999, p. 235 s.; "Fundamental Rights as Guidelines and Inspiration : German Constitutionalism in International Perspective", *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25 (2007), p. 189 s.

months. This is important, since it was the intention of the authors of the constitution, which determined its status, determined its responsibilities and guided its history. Yet the intention was very clear. General de Gaulle recalled it at his press conference on 31 January 1964, when he said of the Constitution that "its spirit is based on the necessity of ensuring that the public authorities have the efficiency, stability and responsibility they inherently lacked under the third and fourth Republics" and added: "The spirit of the new Constitution consists, while retaining a legislative Parliament, of ensuring that power is not longer a partisan issue, but is derived directly from the people". In other words, it was not a matter of creating a constitutional court and even less a supreme court which, in countries where these exist, mean that power is no longer derived directly from the people but only indirectly, subject to the approval of the Supreme Court or Constitutional Court. This is not the spirit of the 1958 Constitution or French constitutionalism. This is clear from reading the debates between members of the Council both on the decision on the referendum act on the election of the President of the Republic by universal suffrage (1962)¹³³ and the decision made 23 years later, on New Caledonia (1985). This latter decision is a useful example, based on both the conclusions of the rapporteur (G. Vedel) and each of the points made, of the spirit in which the review of the constitutionality of laws is conducted in France, and as a result merits a few brief comments.

This second decision, on New Caledonia, concerned a point of parliamentary procedure. How should the term "reopening of debate" in article 10 of the

intention du constituant a façonné son statut, déterminé ses missions et orienté son histoire. Or, cette intention était très claire. Le général de Gaulle l'a rappelé dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964 quand il a dit de la Constitution que « son esprit procède de la nécessité d'assurer aux Pouvoirs publics l'efficacité, la stabilité et la responsabilité dont ils manquaient organiquement sous la troisième et la quatrième République » et qu'il ajouta : « L'esprit de la Constitution nouvelle consiste, tout en gardant un Parlement législatif, à faire en sorte que le pouvoir ne soit plus la chose des partisans, mais qu'il procède directement du peuple ». Autant dire qu'il n'était pas question de faire une cour constitutionnelle et encore moins une cour suprême qui, dans les pays où elles existent, font que le pouvoir ne procède plus directement du peuple, mais indirectement seulement, sous réserve de l'approbation d'une Cour suprême ou d'une Cour constitutionnelle. Tel n'est pas l'esprit de la Constitution de 1958 et du constitutionnalisme français. Il suffit pour s'en convaincre de lire les séances de délibération entre les conseillers tant sur la décision rendue à propos de la loi référendaire relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel (1962)¹³³ que sur celle qui fut rendue, vingt-trois ans plus tard, à propos de la Nouvelle-Calédonie (1985). Cette dernière décision est exemplaire, tant à travers les conclusions du rapporteur (G. Vedel) que dans ses considérants, de l'esprit dans lequel est pratiqué le contrôle de constitutionnalité des lois en France et mérite à ce titre quelques brefs commentaires.

Cette deuxième affaire sur la Nouvelle Calédonie concernait un point de procédure parlementaire. Que faut-il entendre par le terme « nouvelle délibération » qui est contenu dans l'article 10

¹³³ See the declaration by J. Michard-Pélessier le 6 novembre ("Isn't democracy a form of political organisation founded on trust in the citizens' wisdom and good will?"), *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, respectively p. 104 et 116.

¹³³ V. la déclaration de J. Michard-Pélessier le 6 novembre (« La démocratie n'est-elle pas une forme d'organisation politique qui a pour base la confiance dans la sagesse et la bonne volonté des citoyens ? »), *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, respectivement p. 104 et 116.

Constitution¹³⁴ be interpreted? Does reopening the debate imply an obligation to restart the entire procedure or can it, perhaps, be satisfied by a simple reading? The Constitutional Council opted for the latter solution, relying on the clear text of the Constitution, and used the opportunity to recall in the most explicit possible terms, the purpose of the control it exercises: "The purpose of this control is *not to impede or delay the exercise of legislative power* but to ensure it is compliant with the Constitution and (...) its promulgation, either following the removal of the provisions declared to be contrary to the Constitution, or after these have been substituted with new provisions that bring it into compliance with the Constitution", adding: "One of the purposes (of the review of constitutionality) is to allow a law that has been adopted, which only expresses the general will in accordance with the Constitution, *to be amended immediately* to this end"¹³⁵.

The consequence is that French constitutionalism is the exact opposite of judicial constitutionalism, the purpose of which is to slow down power and prevent a majority party from giving legislative form to its dominant opinions: in a word, to block the legislature. On the contrary, its aim is to ensure that the majority can govern in accordance with the Constitution and it is there to help it achieve this as effectively as possible. The way in which the constitutionality of laws is reviewed in France is unusual, as was pointed out in very apt terms by the President of the German Federal Constitutional Court, Andreas Voßkuhle, two years ago. During an interview with President Laurent Fabius, he commented, "For the

de la Constitution¹³⁴ ? Cette nouvelle délibération entraîne-t-elle une obligation de recommencer toute la procédure ou bien peut-elle être satisfaite par une simple lecture ? Le Conseil constitutionnel s'est prononcé pour cette dernière solution en s'appuyant sur le texte clair de la Constitution et il a saisi cette occasion pour rappeler dans des termes, on ne peut plus explicites, l'objet du contrôle qu'il exerce : « L'objet de ce contrôle est *non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif* mais d'assurer sa conformité à la Constitution et (...) d'en permettre la promulgation soit après amputation des dispositions déclarées contraires à la Constitution, soit après substitution à celles-ci de nouvelles dispositions réalisant une mise en conformité avec la Constitution » et d'ajouter : « L'un des buts (du contrôle de constitutionnalité) est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, *d'être sans retard amendée* à cette fin »¹³⁵.

Il en résulte que le constitutionnalisme français est aux antipodes du constitutionnalisme judiciaire dont le but est de ralentir le pouvoir, d'empêcher un parti majoritaire de donner forme législative à ses opinions dominantes, en un mot, de faire barrage au législateur. Il tend au contraire à faire en sorte que la majorité puisse gouverner, dans le respect de la Constitution, et il est là pour l'aider à y parvenir au mieux. La singularité du contrôle de constitutionnalité des lois tel qu'il fonctionne en France a été soulignée, il y a deux ans, en des termes très heureux par le Président de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, Andreas Voßkuhle. Au cours d'un entretien avec le Président Laurent Fabius, il a relevé : « Pour les Allemands, l'État de droit

¹³⁴ Article 10 of the Constitution provides that: "The President of the Republic shall promulgate Acts of Parliament within fifteen days following the final passage of an Act and its transmission to the Government. He may, before the expiry of this time limit, ask Parliament to *reopen debate* on the Act or any sections thereof. Such reopening of debate shall not be refused.

¹³⁵ Decision no. 85-197 DC of 23 August 1985, *Act on the development of New Caledonia*, recitals 20 and 27 (italics added).

¹³⁴ L'article 10 de la Constitution dispose : « Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. — Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une *nouvelle délibération* de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée ».

¹³⁵ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 20 et 27 (italiques ajoutées).

Germans, what matters most is the rule of law; for the French, it's democracy" ¹³⁶. Indeed, while the Germans reconnected with their history in 1949, adopting the spirit of *common law* by relying on judges to defend their freedoms, the French have relied on the law since the French Revolution, and have never wavered from that position. This is why reviewing the constitutionality of the law, as practised in France, follows a procedure that has nothing to do with the process used in judicial forms of constitutionalism. As Doyen Vedel explained during the debate on the case of New Caledonia:

"It is preventive and *swift* (one month) and, if the Council thinks it is urgent (eight days) – because it is the Council, not the Government, that assesses urgency. Moreover, the Constitutional Council's practice has always been to make a decision as soon as the case referred to it was ready to be settled. In this spirit, it appears that the entire French mechanism for reviewing constitutionality tends to allow the promulgation of a law that has been lawfully adopted *as soon as possible* and it is never the intention that in the case of irregularities, the entire procedure restarts from scratch, like a game of snakes and ladders." ¹³⁷

The speed of procedure is always faithfully respected, with the sole exception of QPC rulings, for which the period of three months is associated with the priority nature of the examination of the law's compliance with the rights and freedoms guaranteed by the constitution, hence the necessity of organising "a trial within the trial", which is referred to a judge in the ordinary courts, but which in any case, cannot go on forever, since it is limited to three months. The result is that the often-quoted statement by Jean-Jacques Rousseau, which inspires all French constitutional

est ce qui compte le plus ; pour les Français, c'est la démocratie » ¹³⁶. Effectivement, là où les Allemands ont en 1949 renoué avec leur histoire et rejoint l'esprit de la *common law* en comptant sur le juge pour défendre leurs libertés, depuis la Révolution française, les Français s'en remettent à la loi et ils n'en ont pas dévié. De là vient le fait que le contrôle de constitutionnalité de celle-ci tel qu'il est pratiqué en France suit une procédure qui n'a rien à voir avec celle des constitutionnalismes judiciaires. Comme le Doyen Vedel l'expliquait au cours de la délibération sur l'affaire de la Nouvelle-Calédonie :

« Il est préventif et *rapide* (un mois) et si le Conseil estime qu'il y a urgence (huit jours) – car c'est le Conseil qui apprécie l'urgence et non pas le Gouvernement. La pratique du Conseil constitutionnel a d'ailleurs toujours été de statuer dès que l'affaire dont il était saisi était en état d'être tranchée. Dans cet esprit, il apparaît que tout le mécanisme français de contrôle de constitutionnalité tend à permettre la promulgation d'une loi régulièrement votée *au plus vite* et il ne tend aucunement à faire, à la manière d'un jeu de l'oie, que, dans le cas d'irrégularités, toute la procédure reparte à zéro. » ¹³⁷

Cette célérité procédurale est toujours fidèlement respectée à la seule réserve du contrôle QPC dans lequel le délai de trois mois est à rattacher au caractère prioritaire de l'examen de la conformité de la loi aux droits et libertés constitutionnellement garantis, donc à la nécessité d'organiser "un procès dans le procès" dont est saisi le juge ordinaire, mais qui de toute façon ne doit pas s'éterniser dans la mesure où il ne doit pas durer plus de trois mois. Il en résulte que l'affirmation maintes fois citée de Jean-Jacques Rousseau qui inspire toute la pensée constitutionnelle française,

136 "The rule of law remains the foundation of the European Union", interview between Laurent Fabius and Andreas Voßkuhle, *Le Monde*, Débats et analyses, 22 October 2016, p. 20-21.

137 Session of Friday 23 August 1985, *Act on the development of New Caledonia*, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 567.

136 « L'État de droit reste le fondement de l'Union européenne », Entretien entre Laurent Fabius et Andrea Voßkuhle, *Le Monde*, Débats et analyses, 22 octobre 2016, p. 20-21.

137 Séance du vendredi 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 567.

thinking, still holds: namely, “the general will is always right and tends to the public advantage”¹³⁸, with the sole reservation that today, should that not be the case, the Constitutional Council is there to make sure that it is, in full. The Constitutional Council is, like the Conseil d’État, a great servant of the state, at an institutional rather than human or personal level. This spirit of providing the legislature with assistance and advice (rather than opposing it) explains the methods and techniques it uses to fulfil its mission.

A. Methods

“Methods” here refers to the processes used by the Constitutional Council to form a judgment. There are two kinds: procedural methods (1) and methods of interpretation (2).

1. Procedural methods

Until recently, the procedure was essentially based on custom and practice rather than formally established; this is still the case for the Council’s most important mission in respect of ensuring constitutionality, namely the review of laws that have been adopted prior to their being promulgated. In practice, this *a priori* review simply obeys the rules of Articles 18 and 19 of the order of 17 November 1958, the Institutional Act on the Constitutional Council¹³⁹. Formal procedures were only

tient toujours, « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l’utilité publique »¹³⁸, sous la seule réserve qu’aujourd’hui, s’il advenait qu’elle ne le soit pas, le Conseil constitutionnel est là pour l’aider à l’être pleinement. Sur un mode institutionnel, et non humain et personnel, le Conseil constitutionnel est, à l’instar du Conseil d’État, un grand serviteur de l’État. Cet esprit d’assistance et de conseil justement (non d’opposition) au législateur explique les méthodes et les techniques qu’il mobilise pour remplir sa mission.

A. Les méthodes

Les méthodes sont les procédés par lesquels le Conseil constitutionnel se forme un jugement. Elles sont de deux sortes, les méthodes procédurales (1) et les méthodes d’interprétation (2).

1. Les méthodes procédurales

Jusqu’à une date récente, la procédure était essentiellement coutumière et très peu formalisée ; elle l’est encore pour ce qui relève de la mission la plus importante du Conseil en matière de contrôle de constitutionnalité, le contrôle de la loi votée avant promulgation. Le contrôle *a priori* n’obéit, en fait, qu’aux règles des articles 18 et 19 de l’ordonnance du 17 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel¹³⁹. Le formalisme n’était prévu que pour le contentieux

¹³⁸ J.-J. Rousseau, *The Social Contract* (1762), Chap. 2.3.

¹³⁹ Article 18: (para. 1) If a law is referred to the Constitutional Council by the members of Parliament, the Council’s opinion must be sought in one or more letters containing, in total, the signatures of at least 60 members of the National Assembly or 60 senators. (para. 2) The Constitutional Council, provided the matter has been referred in accordance with Articles 54 or 61 (paragraph 2) of the Constitution, shall immediately inform the President of the Republic, the Prime Minister and the Presidents of the National Assembly or the Senate. The latter shall inform the members of the two houses.

Article 19: The assessment of compliance with the Constitution shall be carried out based on a report by a member of the Council in accordance with the time frames set out in the third paragraph of Article 61 of the Constitution.

¹³⁸ J.-J. Rousseau, *Du Contrat social* (1762), Chap. 2.3.

¹³⁹ Article 18 : (al. 1) Lorsqu’une loi est déférée au Conseil constitutionnel à l’initiative de parlementaires, le Conseil est saisi par une ou plusieurs lettres comportant au total les signatures d’au moins soixante députés ou soixante sénateurs.

(al. 2) Le Conseil constitutionnel, saisi conformément aux articles 54 ou 61 (alinéa 2) de la Constitution, avise

Immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l’Assemblée nationale et du Sénat. Ces derniers en informent les membres des assemblées.

Article 19 : L’appréciation de la conformité à la Constitution est faite sur le rapport d’un membre du Conseil dans les délais fixés par le troisième alinéa de l’article 61 de la Constitution.

laid down for electoral litigation¹⁴⁰. Since the reform came into effect in 2008, a formal procedure has also been established for examining a preliminary priority ruling on constitutionality (QPC)¹⁴¹. Whether it concerns an *a priori* or *a posteriori* (QPC) review, the procedure is subject to two constraints: one relating to timing, and the other, the French conception of the separation of powers, which means that in French law, the notion of a party in disputes over the constitutionality of laws "is only relative"¹⁴², or if one prefers, imperceptible.

Time frames, first of all. They are extremely brief. Everything must be settled within one month (eight days, in urgent cases) for an *a priori* review and three months for a QPC. The authors of the constitution wanted the public authorities to comply with an imperative of "efficiency" to ensure that legal uncertainty was removed as quickly as possible. There is therefore no question of letting things drag on and it is impossible to model the situation on the procedures found in judicial forms of constitutionalism, which can last years¹⁴³. This is why, in QPC rulings, the influence of third parties, which is impressive in the United States with the *amicus curiae* procedure, insofar as it allows dozens of civil society associations to mobilise

électoral¹⁴⁰. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme de 2008, il est aussi prévu s'agissant de l'instruction d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)¹⁴¹. Qu'il s'agisse du contrôle *a priori* ou *a posteriori* (QPC), la procédure est soumise à deux contraintes, la contrainte des délais et la contrainte de la conception française de la séparation des pouvoirs qui fait qu'en droit français, la notion de partie dans le contentieux de constitutionnalité des lois « n'a qu'un sens relatif »¹⁴², un caractère insaisissable, si l'on préfère.

Les délais, tout d'abord. Ils sont extrêmement brefs. Dans un délai d'un mois (huit jours, en cas d'urgence) pour un contrôle *a priori* et dans celui de trois mois pour un contrôle en QPC, tout doit être réglé. Le constituant a voulu que les pouvoirs publics obéissent à un impératif d'« efficacité » de sorte que l'insécurité juridique doit être éliminée au plus vite. Il ne faut donc pas faire traîner les choses et il est impossible de se régler sur les procédures du constitutionnalisme judiciaire qui peuvent durer des années¹⁴³. C'est pourquoi, dans le contentieux de la QPC, l'influence des tiers qui est impressionnante aux États-Unis avec la procédure de l'*amicus curiae* en ce qu'elle

140 Regulation applicable to the procedure followed in the Constitutional Council for disputes relating to the election of members of the National Assembly and senators, Regulation supplementing the procedural rules decreed by Chapter VI, Title II of Order no. 58-1067 of 7 November 1958, adopted by the Constitutional Council pursuant to Article 56 of said order (Official Gazette of 31 May 1959, p. 5505).

141 Internal regulation on the procedure followed in the Constitutional Council for priority preliminary rulings on constitutionality, Decision no. 2010-117 ORGA of 4 February 2010, Official Gazette of 18 February 2010, p. 2986.

142 O. Schrameck, "Les aspects procéduraux des saisines", *20 ans de saisine parlementaire*, Economica, 1994, available online on the Constitutional Council website : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf.

143 The judicial strategy instigated by the NAACP against racial segregation having started at the end of the 1930s, it took 20 years to get to the point for the US Supreme Court to state that "(racially) segregated educational institutions are intrinsically unequal" *Brown v. Board of Education of Topeka* (I), 347 U.S. 483, 495 (1954).

140 Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs, Règlement complétant les règles de procédure édictées par le chapitre VI du titre II de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, adopté par le Conseil constitutionnel en application de l'article 56 de ladite ordonnance (*Journal officiel* du 31 mai 1959, p. 5505).

141 Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, Décision n° 2010-117 ORGA du 4 février 2010, *Journal officiel* du 18 février 2010, p. 2986.

142 O. Schrameck, « Les aspects procéduraux des saisines », *20 ans de saisine parlementaire*, Economica, 1994, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf.

143 La stratégie judiciaire initiée par la NAACP contre la ségrégation raciale ayant commencé à la fin des années 1930, il a fallu vingt ans pour arriver à faire dire à la Cour suprême des États-Unis que « des établissements scolaires séparés (par la race) sont intrinsèquement inégaux », *Brown v. Board of Education of Topeka* (I), 347 U.S. 483, 495 (1954).

their efforts for or against the cause of the claimant and gives citizens a sense of being able to take ownership of the Constitution alongside them, is simply not possible to envisage in France. The procedural regulation specific to the examination of QPCs has, admittedly, opened the doors of the Constitutional Council to third parties, notably with the concept of intervention, but this is only accepted if the intervening party can justify a "special interest" (Art. 6), noting that the "special nature" of the interest is understood particularly strictly¹⁴⁴. The influence of third parties in QPC cases has remained minimal, but this is the only way it can be.

As Olivier Schrameck commented about the *a priori* review, at the time when he was Secretary General of the Constitutional Council, the imperceptible nature of the notion of party is the "essential difficulty" in ensuring the publication of the procedure and guaranteeing an adversarial approach, as in any ordinary constitutional court between a claimant and defendant. In principle, this role should be played by the legislature, since the claim of unconstitutionality is directed against the law. But the legislature has refused to do so. This may be regrettable, insofar as the parties are there to inform the judge about the issues of a particular case and explain the legal arguments that may be put forward on one side or the other. President Badinter had thought this was conceivable in the case of a parliamentary referral, but the two houses, as we have seen, refused. And they were right, as how could it have been possible to justify not extending the principle of the adversarial procedure to unilateral referrals made by the President of the Republic, the President of the National Assembly or the President of the Senate.

permet à des dizaines d'associations de la société civile de se mobiliser pour ou contre la cause de la partie demanderesse et donne aux citoyens le sentiment de pouvoir avec elle, à ses côtés, s'approprier la Constitution, n'est tout simplement pas envisageable en France. Le règlement de procédure propre à l'instruction des QPC a certes ouvert les portes du Conseil constitutionnel aux tiers, notamment avec l'intervention, mais celle-ci n'est admise que si l'intervenant peut justifier d'un « intérêt spécial » (art. 6), étant ici précisé que la « spécialité » de l'intérêt, est entendue de manière particulièrement stricte¹⁴⁴. L'influence des tiers dans le procès QPC est restée minimale, mais il ne peut pas en être autrement.

Comme l'a dit à propos du contrôle *a priori* Olivier Schrameck, du temps où il était Secrétaire général du Conseil constitutionnel, le caractère insaisissable de la notion de partie est « la difficulté essentielle » pour assurer une publicité de la procédure et garantir un caractère contradictoire comme devant n'importe quelle cour constitutionnelle ordinaire entre un demandeur et un défendeur. En principe, le rôle de celui-ci devrait être tenu par le législateur puisque l'attaque en inconstitutionnalité est dirigée contre la loi. Mais le législateur a refusé de tenir ce rôle. On peut le regretter, les parties étant là pour renseigner le juge sur les enjeux d'une affaire et pour lui exposer les arguments juridiques qu'on peut faire valoir dans un sens ou dans l'autre. Le Président Badinter avait pensé que cela était concevable dans le cas d'une saisine parlementaire, mais les Assemblées, on l'a vu, ont refusé. Et elles ont eu raison car comment aurait-on pu justifier de ne pas étendre le principe du contradictoire à des saisines unilatérales faites par le Président de la République, le Président de l'Assemblée

¹⁴⁴ See, in particular, Decision no. 2013-353 QPC (18 October 2013), Decision no. 2013-346 QPC (11 October 2013), Decision no. 2014-453/454 QPC and 2015-462 QPC (18 March 2015).

¹⁴⁴ V. notamment Décision n° 2013-353 QPC (18 octobre 2013), Décision n° 2013-346 QPC (11 octobre 2013), Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC (18 mars 2015).

Simply referring to the breathtaking consequences of such appearance before the Constitutional Council was sufficient to dismiss them. However, the “narrow doors” practice, to use Doyen Vedel’s expression, which consists of bringing unofficial contributions or factual or legal information to the attention of the rapporteur¹⁴⁵, brings an element of contradiction to the debate.

The result is that, through force of circumstance, the procedure used to review the constitutionality of the law in the Constitutional Council is much more investigative than accusatory. The investigative nature of the procedure can be seen in the appointment of a rapporteur responsible for investigating the case and preparing a draft decision. However, it is significantly tempered by the implementation of processes that guarantee respect for the principle of adversarial proceedings as far as possible. This is not always possible in the case of an *a priori* review (Art. 61): this is the case when the Council receives a blank referral, i.e. with no reason given, which was often the case when the Council was asked for an opinion by one of the authorities with this power under the terms of Articles 61(2), in particular the President of the Senate, but which is very rare in the case of joint requests by 60 members of the National Assembly or 60 senators. Parliamentary requests for an opinion on unconstitutionality are now always submitted with reasons and the opposing view put forward by the government’s Secretary General, who defends the law adopted by the majority who backed the Prime Minister and the government. The Secretary General therefore produces a submission on the

nationale ou le Président du Sénat ? La simple évocation des conséquences vertigineuses de telles comparutions devant le Conseil constitutionnel suffit à les écarter. Toutefois, la pratique des portes étroites selon l’expression du Doyen Vedel qui consiste à porter à la connaissance du rapporteur des contributions officieuses ou des éléments d’informations factuelles ou juridiques¹⁴⁵, fait entrer la contradiction dans le débat.

Le résultat est que, par la force des choses, la procédure du contrôle de constitutionnalité de la loi devant le Conseil constitutionnel penche beaucoup plus du côté inquisitoire que du côté accusatoire. Le caractère inquisitorial de la procédure se donne à voir dans la désignation d’un rapporteur chargé d’instruire l’affaire et de préparer un projet de décision. Il est toutefois largement tempéré par la mise en place de procédés qui garantissent le respect du principe du contradictoire autant que faire se peut. Lorsqu’il s’agit du contrôle *a priori* (art. 61), ce n’est pas toujours possible : il en est ainsi lorsque le Conseil reçoit une saisine blanche, c’est-à-dire non motivée, ce qui a été souvent le cas lorsque le Conseil fut saisi par l’une des autorités ayant ce pouvoir aux termes de l’article 61(2), notamment le Président du Sénat, mais qui est très rare dans le cas des requêtes collectives émanant de soixante députés ou soixante sénateurs. Les requêtes parlementaires en inconstitutionnalité sont toujours motivées aujourd’hui et la contradiction est portée par le Secrétaire général du gouvernement qui vient défendre la loi votée par la majorité qui soutient le Premier ministre et son gouvernement. Il produit donc un mémoire relatif aux

145 G. Vedel, “L’accès des citoyens au juge constitutionnel : la porte étroite”, *La vie judiciaire*, no. 11, 17 March 1991, p. 1. Recently debated in legal circles (see the criticism by T. Perroud, *D.* 2015, p. 2511, and the response by D. de Béchillon, *JCP* 2017, p. 225), the writings or submissions introduced through said narrow doors will now be published at the initiative of President Fabius.

145 G. Vedel, « L’accès des citoyens au juge constitutionnel : la porte étroite », *La vie judiciaire*, n° 11, 17 mars 1991, p. 1. Récemment débattus en doctrine (v. la critique de T. Perroud, *D.* 2015, p. 2511, et la réponse de D. de Béchillon, *JCP* 2017, p. 225), les écrits ou mémoires entrés par ces portes étroites seront désormais publiés à l’initiative du Président Fabius.

provisions challenged by the referrals and refutes the criticisms of those making it, and sometimes other criticisms raised during the preliminary meeting between the rapporteur and the government's Secretary General, "the strong point of the investigative procedure for referrals" (O. Schrameck). The submission made by the government's Secretary General is communicated to those who referred the law for an opinion, who submit a response.

As far as QPCs are concerned, the principle of respect for the adversarial nature of the procedure is codified very precisely, in writing, in Article 3 of the Internal Regulation on the procedure followed in the Constitutional Council, which stipulates that all procedural documents exchanged or tabled must be notified to all the parties. It is supplemented by the provisions of article 10(2) of the same text, which allows the representatives of the parties and people whose observations have been accepted as interventions, to present any oral observations to the hearing, which is held in public and broadcast live to a room that is open to the public, within the Constitutional Council. The parties can only express their views at the hearing through a lawyer (often, but not necessarily, lawyers at the Conseil d'État and the Court of Cassation). In 2010, explaining the way in which the first QPCs were investigated, President Jean-Louis Debré reported that the parties had chosen lawyers at the Conseil d'État or Court of Cassation in 62% of cases and barristers in 38%, who had come to the Council from the bars of Bayonne, Bordeaux, Brest, Dijon, Lille, Lyon, Nanterre, Nice, Paris, Privas, Saint-Pierre et Miquelon, Toulon, Poitiers, Tours and Toulouse. He also recalled that, as well as the lawyers, the government's Secretary General had always presented observations on behalf of the Prime Minister, with the result that, as he emphasised forcefully: "The procedure followed in the Constitutional Council for priority preliminary rulings on constitutionality emphasises its judicial

dispositions mises en cause par les saisines et il réfute les griefs des saisissants, parfois même les autres griefs qui ont été évoqués lors de la réunion préalable entre le rapporteur et le Secrétariat général du Gouvernement, « point fort de la procédure d'instruction des saisines » (O. Schrameck). Le mémoire du Secrétaire général du gouvernement est communiqué aux saisissants et donne lieu à la production d'un mémoire en réplique.

Dans le cadre du contrôle QPC, le principe du respect du caractère contradictoire de la procédure est codifié par écrit de façon très précise dans l'article 3 du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel qui détaille la notification obligatoire à toutes les parties de toutes les pièces de procédure échangées ou déposées. Il est complété par les dispositions de l'article 10(2) du même texte qui permet aux représentants des parties et des personnes dont les observations en intervention ont été admises, à présenter leurs éventuelles observations orales à l'audience qui est publique et fait l'objet d'une retransmission audiovisuelle diffusée en direct dans une salle ouverte au public dans l'enceinte du Conseil constitutionnel. Les parties ne peuvent s'exprimer à l'audience que par ministère d'avocat (souvent des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, mais pas nécessairement). En 2010, expliquant la manière dont avaient été instruites les premières QPC, le Président Jean-Louis Debré rapportait que les parties avaient choisi des avocats au Conseil d'État ou à la Cour de cassation dans 62 % des cas et des avocats à la Cour dans 38 %, et qu'étaient venus au Conseil des avocats des barreaux de Bayonne, Bordeaux, Brest, Dijon, Lille, Lyon, Nanterre, Nice, Paris, Privas, Saint-Pierre et Miquelon, Toulon, Poitiers, Tours et Toulouse. Il rappelait aussi que, outre ces avocats, le secrétariat général du Gouvernement avait toujours présenté des observations au nom du Premier ministre, de sorte que, comme il le soulignait avec force : « La procédure suivie

nature. As a constitutional judge, the Constitutional Council applies a fully adversarial procedure”¹⁴⁶.

2. Methods of interpretation

The golden rule followed by the Constitutional Council to judge the constitutionality of a law is that the judge can only form a judgement based on a text. The starting point for constitutional interpretation in French law is always in a text, with the result that the characteristic method used for the interpretation of French constitutional law is exegesis, just as it is in legislative matters, in other branches of the law¹⁴⁷. Exegesis does not mean that the interpretation never varies, depending on the constitutional or legislative issue to which it is applied, but that a text is always the starting point.

If the Constitutional Council places such importance on producing a text of constitutional value as the basis of the interpretation work it needs to accomplish, it is in order to establish the legitimacy of

devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité souligne son caractère juridictionnel. Juge constitutionnel, le Conseil constitutionnel applique une procédure pleinement contradictoire »¹⁴⁶.

2. Les méthodes d'interprétation

La règle d'or suivie par le Conseil constitutionnel pour juger de la constitutionnalité d'une loi est que le juge ne peut se former un jugement qu'à partir d'un texte. Le point de départ de l'interprétation constitutionnelle en droit français est toujours dans un texte, de sorte que l'exégèse caractérise la méthode d'interprétation du droit constitutionnel français comme elle caractérise celle utilisée en matière législative dans les autres branches du droit¹⁴⁷. L'exégèse ne signifie pas que l'interprétation ne varie jamais selon la matière constitutionnelle ou législative à laquelle elle s'applique, mais qu'un texte en est toujours le point de départ.

Si le Conseil constitutionnel tient tant à la production d'un texte de valeur constitutionnelle comme base du travail d'interprétation qu'il doit accomplir, c'est de manière à mieux asseoir la légitimité

¹⁴⁶ J.-L. Debré, “Les premières questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel”, Aix-en-Provence, 26 November 2010, online on the Constitutional Council website : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2010/les-premieres-questions-prioritaires-devant-le-conseil-constitutionnel.147116.html>.

¹⁴⁷ The French use the exegetic method as it was naturally established following the French Revolution. The Constitutional Council remains loyal to this tradition, since it is the only method that allows the judge to state that they are not governing and is not departing from the law on the pretext of stating law that is not expressly contained in the text. Contrary to popular opinion, anchoring the process in the text is not the weakness by the great strength of the exegetic method because of the extraordinary freedom of manoeuvre it gives the interpreter, under the cover of loyalty to the text. The fact is that there is exegesis and exegesis, and the kind practised by judges is not literal. As Jean Carbonnier neatly put it: “No doubt, in the beginning, there is adoration around the legislative text. But it must not be read like the roll of parchment deciphered by orientalisists (...) It is a declaration, an expression of will”, J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 24th ed. 1996, p. 259-60 (italics in text).

¹⁴⁶ J.-L. Debré, « Les premières questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », Aix-en-Provence, 26 novembre 2010, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/contributions-et-discours/2010/les-premieres-questions-prioritaires-devant-le-conseil-constitutionnel.147116.html>.

¹⁴⁷ Les Français pratiquent la méthode exégétique telle qu'elle s'est naturellement imposée après la Révolution française. Le Conseil constitutionnel reste fidèle à la tradition parce que cette méthode est la seule qui autorise le juge à dire qu'il ne gouverne pas et qu'il ne sort pas de la loi sous prétexte de dire du droit qui n'y est pas contenu expressément. Contrairement à l'opinion commune, l'ancrage dans un texte n'est pas la faiblesse, mais la grande force de la méthode exégétique à cause de l'extraordinaire liberté de manœuvre qu'elle donne à l'interprète, sous couvert de fidélité au texte. C'est qu'il y a exégèse et exégèse, et celle que pratique le juge n'est pas l'exégèse littérale. Jean Carbonnier le disait fort bien : « Sans doute, au départ, il y a bien le culte du texte de loi. Mais ce texte ne doit pas être lu comme le rouleau de parchemin que déchiffre l'orientaliste (...) C'est une déclaration, une manifestation de volonté », J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 24^e éd. 1996, p. 259-60 (italiques dans le texte).

the judge as effectively as possible, particularly in cases where the law is criticised¹⁴⁸. Since the Constitutional Council only has assigned powers, the first question it has to settle, before it responds to the question of constitutionality it has been asked to rule on, is whether it is competent to do so, and whether there is legislation in place that allows it to respond. Generally, it is not an issue, as the Council's areas of competence are clearly defined in the text of the Constitution. It is only a concern if there is a doubt over competence, if the Constitution is silent on the matter, creating a situation for the Council that is even more difficult to resolve if the question of constitutionality relates to a point of fundamental importance. In such cases (although they are rare), the first question is to establish whether the gravity of the issues raised by a question of constitutionality can justify an implicit acceptance of the Council's competence.

The problem arose in 1962, over General de Gaulle's use of Article 11 to revise the Constitution and the Council possibly being competent, at the request of the President of the Senate, to review the constitutionality of the referendum act adopted by the sovereign people. Two theses, positive and negative, were defended at the time. The first was set out by René Cassin: "Refusing to examine a referendum act would create a gaping hole in the conduct of our review: suppose that, based on a referendum, we undermine the principle of the non-retroactivity of criminal laws, women's equality or the guarantees contained in the Preamble. All of that could be annihilated by a referendum... If you say that the Council is not competent to make a decision, you open the door to abuse of all kinds. It would represent a terrible danger for our country"¹⁴⁹. The second was set out by Bernard Chenot in more sober

du juge, spécialement en cas de censure de la loi¹⁴⁸. Le Conseil constitutionnel n'ayant que des compétences d'attributions, la première question qu'il doit régler avant de répondre à la question de constitutionnalité qui lui est posée est de savoir s'il est compétent, s'il existe bien un texte lui donnant compétence pour y répondre. En général, le problème ne se pose pas, les chefs de compétence du Conseil étant clairement définis dans le texte de la Constitution. Il ne se pose que s'il y a doute sur la compétence, si le Conseil est face à un silence de la Constitution qui lui est d'autant plus difficile de trancher que la question de constitutionnalité porte sur un point d'importance fondamentale. Dans de tels cas, rares au demeurant, la question préliminaire est de savoir si la gravité des enjeux soulevés par une question de constitutionnalité peut justifier une compétence implicite du Conseil.

Le problème s'est posé en 1962 à propos de l'utilisation par le Général de Gaulle de l'article 11 pour réviser la Constitution et d'une possible compétence du Conseil, sur saisine du Président du Sénat, de contrôler la constitutionnalité de la loi référendaire adoptée par le peuple souverain. Les deux thèses, positive et négative, furent alors défendues. La première fut exposée par René Cassin : « Le refus d'examiner une loi référendaire créerait une fissure béante dans l'exercice de notre contrôle : supposez que par référendum, on porte atteinte au principe de non-rétroactivité des lois pénales, à celui de l'égalité politique des femmes, aux garanties contenues dans le Préambule. Tout cela peut être anéanti par référendum... Si vous dites que le Conseil est incompétent, vous ouvrez la porte à tous les abus. Il y aurait là un danger terrible pour notre pays »¹⁴⁹. La seconde fut plus sobrement énoncée par Bernard Chenot : « Je ne trouve pas de texte qui dise que les lois constitutionnelles sont soumises au

148 G. Vedel, "Le précédent judiciaire en droit public français", *Société de législation comparée* 1984, p. 263 s., 265.

149 Session of 6 November 1962, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 120.

148 G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Société de législation comparée* 1984, p. 263 s., 265.

149 Séance du 6 novembre 1962, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 120.

terms: "I cannot find a text that states that constitutional laws shall be submitted to the Constitutional Council"¹⁵⁰. As we have seen, it was President Chenot's view that won the day, at least in respect of the Constitutional Council's competence for reviewing a law adopted by referendum on the basis of Article 11 of the Constitution. Subsequently, the Constitutional Council decided that it was not competent to rule on a law revising the Constitution¹⁵¹. In doing so, it refused to sanction the thesis of the supremacy of the law over the people. Why was this the case? Simply because the spirit of the Constitution "wanted the people to be the judge"¹⁵². This solution, which is based on the principle of national sovereignty, is supported by Article 2 of the Constitution, which defines "the principle of the Republic", "government of the people, by the people and for the people". French constitutionalism refuses government by judges; it is, in essence, fundamentally democratic, unlike judicial constitutionalism, which is found in states that do not trust their people¹⁵³.

The democratic spirit is the source of inspiration for the exegetic method of interpretation practised by the Constitutional Council in relation to both the Constitution and the laws referred to it. What did the people or their representatives intend to say or do? In terms of institutional constitutional law, the answer generally exists in the text, because this is usually clear and "clear and precise constitutional rules... do not require interpretation"¹⁵⁴ or because "the

Conseil constitutionnel"¹⁵⁰. Comme on l'a vu, c'est la thèse du Président Chenot qui l'a emporté, du moins s'agissant de la compétence du Conseil constitutionnel pour connaître d'une loi adoptée par voie de référendum sur le fondement de l'article 11 de la Constitution. Par la suite, le Conseil constitutionnel a décliné sa compétence vis-à-vis d'une loi de révision constitutionnelle¹⁵¹. Ce faisant, il a refusé de consacrer la thèse de la suprématie du droit sur le peuple. Comment expliquer cela ? Par le seul fait que l'esprit de la Constitution « a voulu que l'arbitre soit le peuple »¹⁵². Cette solution qui découle du principe de la souveraineté nationale, est confortée dans l'article 2 de la Constitution qui définit « le principe de la République », « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Le constitutionnalisme français refuse le gouvernement des juges ; il est d'essence fondamentalement démocratique contrairement au constitutionnalisme judiciaire qui est propre aux États qui ne font pas confiance au peuple¹⁵³.

L'esprit démocratique est le souffle qui inspire la méthode d'interprétation exégétique pratiquée par le Conseil constitutionnel qu'il s'agisse de la Constitution ou des lois qui lui sont déferées. Qu'est-ce que le peuple ou ses représentants a voulu dire, qu'est-ce qu'ils ont voulu faire ? En matière de droit constitutionnel institutionnel, le plus souvent, la réponse est contenue dans le texte parce que celui-ci est généralement clair et que « des règles constitutionnelles, claires et précises... n'appellent aucune interprétation »¹⁵⁴ ou encore « l'exercice

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 122.

¹⁵¹ Décision no. 92-312 DC of 2 September 1992, *Traité sur l'Union européenne*, recital 34; Decision no. 2003-469 DC of 26 March 2003, *Constitutional review pertaining to the decentralised organisation of the Republic*, recital 2.

¹⁵² Session of 2 October 1962, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 104.

¹⁵³ This point is developed by C. Möllers, "We are (afraid of) the people": Constituent Power in German Constitutionalism", *The Paradox of Constitutionalism* (M. Loughlin and N. Walker, Eds.), Oxford University Press, 2007, p. 87 s.

¹⁵⁴ Decision no. 85-197 DC of 23 August 1985, *Act on the development of New Caledonia*, recital 16.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 122.

¹⁵¹ Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 34 ; Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, cons. 2.

¹⁵² Séance du 2 octobre 1962, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 104.

¹⁵³ Ce point est développé par C. Möllers, "We are (afraid of) the people": Constituent Power in German Constitutionalism", *The Paradox of Constitutionalism* (M. Loughlin and N. Walker, Eds.), Oxford University Press, 2007, p. 87 s.

¹⁵⁴ Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 16.

exercise of the prerogative granted to the Prime Minister by the third paragraph of Article 49 is not subject to any condition than those resulting from the text itself”¹⁵⁵. But in terms of constitutional law relating to rights and freedoms, the text of the Constitution is often unclear: it can be ambiguous, lending itself to two opposing interpretations, one narrow and the other wide. In order to identify the intentions of the authors of the Constitution and understand what they were trying to achieve, the Constitutional Council will examine the preparatory work, always in the spirit of finding a solution and helping the legislature, and wherever possible, it will avoid a strict interpretation, without harming anyone and to calm the situation. As a result, in spite of the principle of secularism, the French Republic, curiously, pays the salaries of pastors in the consistorial churches in the Bas-Rhin, Haut-Rhin and Moselle departments. In response to a request for a QPC from an unhappy taxpayer, the Constitutional Council found: “It emerges... from the preparatory work... on the draft Constitution of 1958 that in proclaiming that France is a “secular... Republic”, the Constitution did not... intend to challenge the particular regulatory or legislative provisions applicable in several parts of the territory of the Republic... and relating to the organisation of certain religions and in particular, the remuneration of ministers of religion”¹⁵⁶.

But there is more. If neither the text itself, nor the preparatory work, is enough to confirm the constitutionality of the law

de la prérogative conférée au Premier ministre par le troisième alinéa de l'article 49 n'est soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte »¹⁵⁵. Mais, en matière de droit constitutionnel des droits et libertés, le texte constitutionnel bien souvent n'est pas clair ; il est ambigu, se prête à deux interprétations opposées, l'une étroite et l'autre large. Pour retrouver l'intention du constituant, comprendre ce qu'il a voulu faire, le Conseil constitutionnel se tournera vers les travaux préparatoires toujours dans l'esprit de trouver une solution, d'aider le législateur, et il écartera l'interprétation stricte chaque fois que faire se peut, sans léser personne et pour apaiser les choses. Ainsi, en dépit du principe de laïcité, la République française, curieusement, pourvoit au traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle. Saisi d'une QPC par un contribuable mécontent, le Conseil constitutionnel relève : « Il ressort... des travaux préparatoires... du projet de Constitution de 1958 qu'en proclamant que la France est une “République... laïque”, la Constitution n'a pas... entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République... et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte »¹⁵⁶.

Mais il y a mieux encore. Lorsque ni le texte, ni les travaux préparatoires ne permettent de donner un brevet de constitutionnalité à la loi qui lui est

¹⁵⁵ Decision no. 89-268 DC of 29 December 1989, *Finance Act for 1990*, recital 6.

¹⁵⁶ Decision no. 2012-297 QPC of 21 February 2013, *Association for the Promotion and Expansion of Secular Thought [Treatment of pastors from consistorial churches in the Departments of Bas-Rhin, Haut-Rhin and Moselle]*, recital 6. The realistic approach taken in the case law here can be usefully compared with that of the US Supreme Court, which – notwithstanding the principle of the separation of Church and State, accepts that the prayer said by a chaplain, who is paid out of public funds, which opens the legislative sessions of many State assemblies and the Congress, is compliant with the Constitution, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).

¹⁵⁵ Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 6.

¹⁵⁶ Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]*, cons. 6. Cette jurisprudence réaliste est à rapprocher de celle de la Cour suprême des États-Unis qui, nonobstant le principe de séparation des Églises et de l'État, admet la conformité à la Constitution de la prière d'un chapelain payé sur fonds publics qui ouvre les sessions législatives des assemblées dans de très nombreux États, *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), ainsi que celle du Congrès.

referred to it, the Constitutional Council will do so, using a constructive and creative exegesis to draw the objective it is pursuing from a provision of the Constitution, and checking whether it complies with the law, obviously within the limits of any manifest error of assessment that might have been committed by the legislature. This is the sense that has come to apply to the notion of an objective of constitutional value, although it was initially designed to "confer an absolute value on a constitutional principle"¹⁵⁷. The French Constitution is silent, for example, on the question of pluralism; it simply states in Article 11 of the Declaration of 1789 that freedom of expression is "one of the most precious rights of man: any citizen thus may speak, write, print freely, except to respond to the abuse of this liberty, in the cases determined by the law." The Constitutional Council has nonetheless held that "the pluralism of the daily political and general newspapers (...) is in itself an objective of constitutional value; indeed that the free communication of thoughts and opinions, guaranteed by Article 11 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, would not be effective if the public at which said daily newspapers were not in a position to provide an adequate number of publications of different tendencies and characters; that ultimately, the aim was that readers, who are among the essential recipients of the freedom proclaimed by Article 11 of the Declaration of 1789, should be able to exercise their free choice, without either private interests or public authorities being able to substitute their own decisions or making them the object of a market"¹⁵⁸.

déférée, le Conseil constitutionnel lui en donnera un en tirant par une exégèse constructive et créatrice d'une disposition de la Constitution, l'objectif qu'elle poursuit et en vérifiant s'il correspond à celui de la loi, ceci bien entendu dans les limites de l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait pu commettre le législateur. Tel est le sens qu'a pris la notion d'objectif à valeur constitutionnelle pourtant initialement conçue pour « éviter de conférer une valeur absolue à un principe constitutionnel »¹⁵⁷. Ainsi, la Constitution française ne dit rien du pluralisme ; elle dit seulement à l'article 11 de la Déclaration de 1789 que la liberté d'expression est « l'un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ». Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que « le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (...) est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics ne puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché »¹⁵⁸.

157 B. Genevois, "L'enrichissement...", *supra* note 81, p. 44. President Genevois refers in a note 59 to Decision no. 82-141 DC of 27 July 1982, *Audiovisual Communications Act*, recital 5.

158 Decision no. 84-181 DC of 11 October 1984, *Act aimed at limiting the concentration and ensuring financial transparency and pluralism in press enterprises*, recital 38.

157 B. Genevois, « L'enrichissement... », *supra* note 81, p. 44. Le Président Genevois renvoie dans une note 59 à la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

158 Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 38.

Following on from the same case law, and inspired by the desire to extract from the provisions of the Constitution everything they contain that might expand and provide more effective protection for the rights and freedoms that it guarantees, the Constitution has sanctioned a right to respect for privacy that it does not include. It began by attaching it to individual freedom, understood in a broad and extensive sense¹⁵⁹. Secondly, it made it a law that was implied¹⁶⁰ by the other rights and freedoms guaranteed by the Constitution and which it is the legislature's role to develop and protect¹⁶¹. With this type of interpretation, it is less a question of preventing or hindering the legislature than helping it to achieve the legitimate aims wanted by the sovereign people. In addition, the number of rights and freedoms guaranteed by the Constitution has steadily increased over the years. The fact is that there are no "fundamental rights", strictly speaking, in French constitutionalism, i.e. rights set out in a closed list that it is not impossible, but difficult, to supplement with a dynamic, living interpretation of its content.

Dans le prolongement de la même jurisprudence, inspiré par le souci d'extraire des dispositions de la Constitution tout ce qu'elles contiennent de nature à accroître et à mieux protéger les droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel a consacré un droit au respect de la vie privée qui n'y figure pas. Il a commencé par le rattacher à la liberté individuelle entendue de façon large et extensive¹⁵⁹. Puis, dans un deuxième temps, il en a fait un droit impliqué¹⁶⁰ par les autres droits et libertés que la Constitution garantit et que le législateur a vocation à développer et à protéger¹⁶¹. Avec pareille méthode d'interprétation, il est moins question d'empêcher ou de gêner le législateur que de l'aider à atteindre les fins légitimes voulues par le peuple souverain. Aussi bien les droits et libertés garantis par la Constitution n'ont-ils cessé de s'enrichir au fil des ans. C'est qu'il n'y a pas de « droits fondamentaux » à proprement parler dans le constitutionnalisme français, c'est-à-dire, des droits énumérés dans une liste fermée qu'il n'est pas impossible, mais difficile de compléter par une interprétation dynamique, vivante, de son contenu.

¹⁵⁹ Decision no. 94-352 DC of 18 January 1995, *Security Framework and Planning Act*, recital 3.

¹⁶⁰ Decision no. 2009-580 DC of 10 June 2009, *Act furthering the diffusion and protection of creation on the Internet*, recital 22: "Whereas... Article 2 of the Declaration of 1789 proclaims: 'The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of Man. These rights are liberty, property, safety and resistance to oppression'; the liberty proclaimed by this Article implies the right to privacy" (italics added).

¹⁶¹ The parallel between the dynamic method of interpretation of the Constitutional Council and the equally democratic method applied by John Marshall to the Federal Constitution is striking. For the great US judge, the Supreme Court was there to help the federal government, not get in its way – "Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional" – *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819). Today, this view is outdated, to the benefit of the dominance of conservative ideas in the United States, but it remains the backbone of liberal thinking.

¹⁵⁹ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons. 3.

¹⁶⁰ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 22 : « Considérant... qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789 : "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression" ; que la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée » (italiques ajoutées).

¹⁶¹ Le parallèle entre la méthode d'interprétation dynamique du Conseil constitutionnel et celle tout autant démocratique que John Marshall faisait de la Constitution fédérale est frappant. Pour le grand juge américain, la Cour suprême était là pour aider le gouvernement fédéral, pas pour l'empêcher – « Que la fin soit légitime, qu'elle se situe dans la portée de la Constitution, et tous les moyens qui sont appropriés, qui sont simplement adaptés à cette fin, qui ne sont pas interdits, mais qui s'accordent avec la lettre et l'esprit de la Constitution, sont constitutionnels » – *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819). Aujourd'hui, à la faveur de la domination des idées conservatrices aux États-Unis, cette pensée n'est plus actuelle, mais elle demeure la colonne vertébrale de la pensée libérale.

In French law, the rights and freedoms guaranteed by the Constitution are not fixed, but open to any enhancement the long, universalist tradition in France can offer. The French constitutional corpus has, for example, embraced European and international law in relation to human rights, thanks to an evolving, dynamic interpretation of the Constitution by the Constitutional Council, which has incorporated rights that were not formally included in the Constitution in the beginning, but which it has extracted by implication, based on its initial principles¹⁶² and contextualised in light of the law today, as the Court in Strasbourg recommends¹⁶³. It is true that treaties, in particular, the European Convention on Human Rights, are not formally sources of constitutionality, but it is useful to be aware that the Constitutional Council has interpreted the provisions of the Declaration of the Rights of Man of 1789 or the Preamble of 1946 as including rights that are explicitly formulated in the European Convention, which it has judged possible to read between the lines in the French texts. Strictly speaking, it has not created new rights but rather discovered them, based on a contextualised reading of rights recognised in 1789 or 1946¹⁶⁴. There are numerous examples. For example, the rights and freedoms now guaranteed

En droit français, les droits et libertés garantis par la Constitution ne sont pas figés, mais ouverts à tous les enrichissements que peut lui apporter la longue tradition universaliste française. Le corpus constitutionnel français a ainsi accueilli le droit international et européen des droits de l'homme grâce à une interprétation évolutive et vivante de la Constitution par le Conseil constitutionnel qui y a fait entrer des droits qui n'y étaient pas formellement contenus à l'origine, mais qu'il a extrait par implication de ses principes initiaux¹⁶² et contextualisés à la lumière du droit d'aujourd'hui, comme la Cour de Strasbourg le recommande¹⁶³. Il est très vrai que les traités, notamment la Convention européenne des droits de l'homme, ne font pas formellement partie des sources de constitutionnalité, mais il faut savoir que le Conseil constitutionnel a interprété les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ou du Préambule de 1946 comme incluant des droits explicitement formulés dans la Convention européenne qu'il a jugé possible de lire en filigrane dans les textes français. Il n'a pas créé de nouveaux droits, à proprement parler, il les a plutôt découverts par une lecture contextualisée de droits reconnus en 1789 ou 1946¹⁶⁴. Les exemples abondent. Ainsi, les droits

162 A topical example is the right to dignity, recognised by the Universal Declaration of Human Rights (Art. 1, 22 and 23), which the Constitutional Council has included in the constitutional corpus in the form of a principle of safeguarding the dignity of the human being, based on a simple historical reference contained in the Preamble of the Constitution of 1946, Decision no. 94-343/344 DC of 27 July 1994, *Respect for Human Body Act and Donation and Use of Parts and Products of the Human Body, Medically Assisted Reproduction and Prenatal Diagnosis Act*, recital 2.

163 B. Genevois, "L'enrichissement...", *supra* note 81. President Genevois refers (p. 45, note 69) to the *Tyrer* ruling of 25 April 1978 and the *Marckx* ruling of 13 June 1979, as well as the *Key decisions of the European Court of Human Rights*, PUF, 4th ed., p. 495.

164 O. Dutheillet de Lamothe, The influence of the European Court of Human Rights on the Constitutional Council, Speech made on 13 February 2009, available online on the Constitutional Council website at http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf.

162 L'exemple topique est le droit à la dignité reconnu par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 1, 22 et 23) que le Conseil constitutionnel a inclus dans le corpus constitutionnel sous la forme d'un principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine à partir d'une simple référence historique contenue dans le Préambule de la Constitution de 1946, Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

163 B. Genevois, « L'enrichissement... », *supra* note 81. Le Président Genevois renvoie (p. 45, note 69) aux arrêts *Tyrer* du 25 avril 1978 et *Marckx* du 13 juin 1979, ainsi qu'aux *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 4^e éd., p. 495.

164 O. Dutheillet de Lamothe, L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel, Discours prononcé le 13 février 2009, en ligne sur le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf.

by the Constitution include the “right to lead a normal family life” (based on the 10th paragraph of the Preamble to the Constitution of 1946), the “principle of the dignity of the human being” (based on the 1st paragraph of the same Preamble), the “right of respect for privacy” (guaranteed by Article 8 of the European Convention on Human Rights) on the basis of the personal freedom referred to in Article 2 of the Declaration of 1789, and the “freedom to marry” (Article 12 of the European Convention) based on both Articles 2 and 4 of the Declaration of 1789. With regard to the guarantee of rights, Article 16 of the Declaration of 1789 is interpreted in a way that is very close to Article 6 of the ECHR regarding the right to a fair trial. There is not one right or freedom recognised by a foreign law that could not be found in the French constitutional corpus if it seemed that a majority of the people aspired to it. Recently, the Constitutional Council, in the form of the right to respect for privacy and the right of ownership, sanctioned an entire set of closely related, even identical rights, to those arising from the Fourth Amendment to the United States Constitution, which prohibits unreasonable searches and seizures¹⁶⁵ and go even further, insofar as they include the right to be forgotten in the form of the destruction of the documents seized after a certain period.

B. Techniques

“Techniques” here refers to the processes used by the Constitutional Council achieve a tangible result. Two are essential to the fulfilment of its missions: providing an answer, based on its review of the law, to the

et libertés que la Constitution garantit aujourd’hui incluent le « droit de mener une vie familiale normale » (à partir du 10^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946), le « principe de la dignité de la personne humaine » (à partir de l’alinéa 1^{er} du même Préambule), le « droit au respect de la vie privée » (garanti par l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme) sur le fondement de la liberté personnelle visée à l’article 2 de la Déclaration de 1789, ou la « liberté du mariage » (article 12 de la Convention européenne) sur le double fondement des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. Dans un volet relatif à la garantie des droits, l’article 16 de la Déclaration de 1789 est interprété dans un sens très voisin de l’article 6 de la CEDH relatif au droit à un procès équitable. Il n’est pas jusqu’à un droit ou liberté reconnu par un droit étranger qui ne puisse être découvert dans le corpus constitutionnel français s’il apparaît qu’une majorité du peuple y aspire. Tout récemment, le Conseil constitutionnel a consacré sous la forme du droit au respect de la vie privée et du droit de propriété tout un ensemble de droits qui sont très proches, voire identiques, à ceux qui découlent du Quatrième amendement à la Constitution des États-Unis qui interdit les perquisitions et saisies déraisonnables¹⁶⁵ et qui vont même au-delà dans la mesure où ils incluent le droit à l’oubli sous la forme d’une destruction des documents saisis au bout d’un certain délai.

B. Les techniques

Les techniques sont les procédés par lesquels le Conseil constitutionnel obtient un résultat concret. Deux sont essentielles à l’accomplissement de ses missions : donner réponse grâce à son contrôle de la loi

¹⁶⁵ Decision no. 2016-600 QPC of 2 December 2016, *Mr Raïme A. [Administrative Searches Under the State of Emergency III]*, § 13.

¹⁶⁵ Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l’état d’urgence III]*, § 13.

question it has been asked, and ensuring compliance with its response based on its arguments.

1. Review techniques

While it is true that the Constitutional Council appears to be an "unexpected and successful institution"¹⁶⁶ of the Vth Republic, this is in large part because it was "allowed to take its inspiration from the experience of the Conseil d'État in cases involving ultra vires actions"¹⁶⁷. Given that the parallels between ultra vires actions by the administrative and legislative authorities are undeniable¹⁶⁸, it was inevitable that constitutional litigation would be inspired by administrative cases. However, one has not become a carbon copy of the other for two reasons. The first is that the Constitutional Council does not control the sources of the law it implements; it does not have the same freedom as the Conseil d'État in producing its case law, given that the latter has, by starting from nothing, as it were, been able to create norms, for example, based on general legal principles, or the distinction between a serious and simple fault, or the criterion of the administrative contract. This has never been the case with the Constitutional Council which, far from starting from nothing, began with a whole raft of norms, including all those contained in the Constitution plus (after 1971), those of the Preamble, and which incorporates into the Constitution those norms that are attached to it by reference (such as the Declaration of 1789, the Preamble of 1946 and the fundamental principles recognised by the laws of the Republic) and which, unlike the United States Supreme Court¹⁶⁹,

à la question qui lui est posée et obtenir par son raisonnement obéissance à la réponse trouvée.

1. Les techniques de contrôle

S'il est vrai que le Conseil constitutionnel apparaît comme une « institution inattendue et réussie »¹⁶⁶ de la V^e République, c'est en grande partie parce qu'il lui a été « loisible de s'inspirer de l'expérience du Conseil d'État dans le contentieux de l'excès de pouvoir »¹⁶⁷. Le parallèle entre l'excès de pouvoir administratif et l'excès de pouvoir législatif étant indéniable¹⁶⁸, il était dans l'ordre des choses que le contentieux administratif inspirât le contentieux constitutionnel. Celui-ci n'est toutefois pas devenu un décalque de celui-là pour deux raisons. La première est que le Conseil constitutionnel n'est pas maître des sources du droit dont il fait application ; il n'a pas une liberté identique à celle du Conseil d'État dans l'élaboration de sa jurisprudence qui, étant parti de rien, pour ainsi dire, a pu être un créateur de normes, par exemple, avec les principes généraux du droit, ou la distinction de la faute lourde et de la faute simple, ou le critère du contrat administratif. Tel n'a jamais été le cas du Conseil constitutionnel qui, loin d'être parti de rien, est parti avec une valise de normes, toutes les normes contenues dans la Constitution à laquelle se sont ajoutées à partir de 1971 celles du Préambule, lequel incorpore dans la Constitution les normes qui lui sont rattachées par renvoi (Déclaration de 1789, Préambule de 1946, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) et qu'à la différence de la Cour suprême des États-Unis¹⁶⁹, le Conseil

166 J.-L. Debré, Éditorial, *Cahiers du Conseil constitutionnel* no. 25 (50th anniversary report) - August 2009, p. 57 s.

167 B. Genevois, "L'enrichissement...", *supra* note 81, p. 36-37.

168 This was demonstrated in the classic study by Doyen Vedel, "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif" (I) and (II), *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, no. 1 (1996), p. 57 s. and no. 2 (1997), p. 77 s.

169 *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 197 U.S. (1905). The main reason the Court refused to rely on the

166 J.-L. Debré, Éditorial, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 25 (Dossier : 50^e anniversaire), août 2009, p. 57 s.

167 B. Genevois, « L'enrichissement... », *supra* note 81, p. 36-37.

168 La démonstration en a été faite dans l'étude classique du Doyen Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif » (I) et (II), *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1 (1996), p. 57 s. et n° 2 (1997), p. 77 s.

169 *Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts*, 197 U.S. (1905). La principale raison du refus de la Cour de recourir au préambule de la Constitution pour en

the Constitutional Council has viewed as directly applicable. The result is that it has had to provide a constructive interpretation of all the norms available to it and has not had to create norms, unlike the judges in the administrative courts. Because constitutional law is a law that defines rights and assigns competences, it has never been able to examine itself where there are gaps; if there are no rules, it is because the matter does not belong to the constitutional level, but the legislative or governmental level. Gaps are therefore always apparent¹⁷⁰ and judges do not have to fear a denial of justice.

The second difference between administrative and constitutional disputes cuts across the difference between the principle of constitutionality and the principle of legality. Both the legislature and the government have a certain degree of freedom in terms of decision-making, but not to the same extent in each case. This is clear from the fact that the Constitutional Council and the Conseil d'État use different expressions to talk about it. The "discretionary power" of the administration is one thing and the "power of appraisal and decision-making"¹⁷¹ of the legislature another; the control exercised over each

constitutionnel a considérées comme directement applicables. Le résultat est qu'il lui a fallu interpréter de manière constructive toutes les normes dont il disposait et qu'il n'a pas eu à créer des normes à l'inverse du juge administratif. Le droit constitutionnel étant un droit qui définit des droits et répartit des compétences, il n'a jamais pu se considérer en face de lacunes ; là où il n'y a pas de règles, c'est que la matière ne relève pas du niveau constitutionnel, mais du niveau législatif ou gouvernemental. Les lacunes sont donc toujours apparentes¹⁷⁰ et le juge n'a pas à craindre le déni de justice.

La seconde différence entre le contentieux administratif et le contentieux constitutionnel recoupe celle qui existe entre le principe de constitutionnalité et le principe de légalité. Le législateur comme l'administration disposent d'une certaine liberté pour décider, mais celle-ci n'a pas la même étendue dans les deux cas. Il suffit pour s'en convaincre de constater que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État n'utilisent pas les mêmes expressions pour en parler. Le « pouvoir discrétionnaire » de l'administration est une chose, le « pouvoir d'appréciation et de décision »¹⁷¹ du législateur en est une autre, et le contrôle du juge sur l'un

preamble to the Constitution to interpret the clauses relates to the federal nature of the state and the fear of expanding the powers of the federal government.

170 B. Genevois, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible?", *Pouvoirs*, no. 59 (1991), p. 129 s., 134; see also G. Vedel, *Intervention, Constitutional Council and Conseil d'État*, Symposium on 21 and 22 Jan. 1988, Montchrestien, 1988, p. 233.

171 The case law has been consistent regarding respect for the power of appraisal and decision-making of the legislature, although the form of words has changed slightly over time. In 1975, the Constitutional Council came up with the following form of words: "Article 61 of the Constitution does not confer on the Constitutional Council a general or particular discretion identical with that of Parliament, but simply empowers it to rule on the constitutionality of statutes referred to it", Decision no. 74-54 DC of 15.

January 1975 Voluntary Interruption of Pregnancy Act, recital 1. In 2000, it clarified the formulation in respect of restrictions on the freedom of undertaking, emphasising that it "does not have the same kind of power of appraisal and decision-making as the Parliament", Decision no. 2000-433 DC of 27 July 2000, *Act amending Act. no. 86-1067 of 30 September 1986 pertaining to the freedom of communication*, recital 41.

interpréter les clauses tient au caractère fédéral de l'État et à la crainte d'élargir les pouvoirs du gouvernement fédéral.

170 B. Genevois, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n° 59 (1991), p. 129 s., 134 ; v. aussi G. Vedel, *Intervention, Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Colloque des 21 et 22 janv. 1988, Montchrestien, 1988, p. 233.

171 Le respect du pouvoir d'appréciation et de décision du législateur est de jurisprudence constante, quoique la formule ait été légèrement changée au fil du temps. En 1975, le Conseil constitutionnel s'était arrêté sur la formulation suivante : « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir 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 déferées à son examen », Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1. En 2000, il a précisé la formule à propos des restrictions à la liberté d'entreprendre en soulignant qu'il « n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 41.

by judges is necessarily different. Where does that difference lie? It rests in the fact that while the public authorities, unlike private individuals, must decide on the basis of considerations of the public or general interest, insofar as the administration is bound by this obligation, the legislature has sovereign power to assess the content of the public interest it is pursuing. The legislature can therefore make its decision on the basis of political considerations, for example, to satisfy its majority or win votes, which is not unconstitutional. A mayor can also take decisions for the same reasons, but the decision taken must be to fulfil an objective in the public interest.

It is not by chance that the notion of "power of appraisal and decision-making" appeared in respect of the review of the Veil law, which legalised abortion. Does the legalisation of abortion satisfy a public interest? Is it in the country's general interest to admit the possibility? It is debatable and still debated in many countries. But once the legislature has said that it is, nobody can lawfully question it: its decision applies to everyone. Appraising the general interest pursued by the law is outside the judge's control, as is the law that provides an amnesty for protected employees who are dismissed, and orders that they should be reinstated in the business for the purpose of calming down the political and social situation¹⁷², the law that authorises the donation and use of parts and products of the human body to aid medically assisted reproduction, notably by transferring an embryo conceived with gametes from at least one of the two members of the couple, and provides that if they cannot be implanted and if they have been kept for at least five years, the embryos cannot be stored¹⁷³, or the law that protects the anonymity of a mother

et l'autre ne peut pas être identique. Où est la différence ? Elle est dans le fait que si les pouvoirs publics, à l'inverse des personnes privées, doivent se décider sur le fondement de considérations d'intérêt public, ou d'intérêt général, l'administration étant liée par cette obligation, le législateur apprécie souverainement le contenu de l'intérêt public qu'il poursuit. Le législateur peut se décider sur le fondement de considérations politiques, par exemple, pour plaire à sa majorité, pour gagner des suffrages, ce qui n'est pas inconstitutionnel. Un maire aussi peut prendre des décisions pour les mêmes raisons, mais il faut que la décision prise vise un but d'intérêt général.

Ce n'est pas un hasard si la notion de « pouvoir d'appréciation et de décision » est apparue à propos du contrôle de la loi Veil qui a légalisé l'interruption volontaire de grossesse. La légalisation de l'avortement répond-elle à un intérêt public ? Est-il de l'intérêt général du pays d'en admettre la possibilité ? On peut en discuter et l'on en discute encore dans de nombreux pays. Mais une fois que le législateur a dit qu'il l'était, plus personne ne peut, en droit, en discuter : sa décision s'impose à tous. L'appréciation de l'intérêt général poursuivie par la loi échappe au contrôle du juge, ainsi de la loi qui amnistie des salariés protégés licenciés et ordonne leur réintégration dans l'entreprise dans un but d'apaisement politique et social¹⁷², de celle qui autorise le don et l'utilisation d'éléments et produits du corps humain pour aider à la procréation médicalement assistée, notamment par un transfert d'embryon conçu avec des gamètes provenant au moins d'un des deux membres du couple, et prévoit que si leur accueil est impossible et si la durée de leur conservation est au moins égale à cinq ans, il est mis fin à la conservation des embryons¹⁷³ ou

172 Decision no. 88-244 DC of 20 July 1988, *Amnesty Act*, recital 15.

173 Decision no. 94-343/344 DC of 27 July 1994, *Respect for Human Body Act and Donation and Use of Parts and Products of the Human Body, Medically Assisted Reproduction and Prenatal Diagnosis Act*, recital 6 and 7.

172 Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 15.

173 Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 6 et 7.

who chooses to give birth as X, for the rest of her life¹⁷⁴. As a result, reviews of the actions of the legislature or the administration cannot be identical. This is why there is no fault relating to the abuse of power in constitutional law in the way that exists in administrative law. In other words, the Constitutional Council does not review the aims of the legislature; as a result, it does not review “the (allegedly) pernicious nature of the effects of the law (which) would reveal the intentions of the legislature” on the grounds that “this criticism, which in reality relates to the appropriateness of the law, is not admissible”¹⁷⁵. That said, notwithstanding the different contexts in which they apply, the review techniques used by the Constitutional Council owe a great deal to those shaped by the Conseil d’État, which have served to outline the parameters of both external and internal constitutionality, which it is important to distinguish, since they are applied differently in a priori review and QPC reviews.

As far as a review of external constitutionality is concerned, the Constitutional Council only examines laws that have been adopted but not yet promulgated. In addition to checking the extent to which the legislature has complied with rules of constitutional value in relation to the legislative procedure already referred to, the review also looks at formal defects in the law. The Constitutional Council will criticise a law that has been adopted without the prior consultation required by the Constitution, for example, the law pertaining the organisation of overseas territories, which must be preceded by a process of consultation with the territorial assemblies concerned¹⁷⁶, or the law that

de celle qui protège tout au long de sa vie l’anonymat de la mère qui a demandé à accoucher sous X¹⁷⁴. Il en résulte que le contrôle des actes du législateur et celui des actes de l’administration ne peuvent pas être identiques. C’est pourquoi il n’y a pas de vice de détournement de pouvoir en droit constitutionnel comme il existe en droit administratif. En d’autres termes, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas les buts du législateur ; ainsi, il ne contrôle pas « le caractère (prétendument) pernicieux des effets de la loi (qui) serait révélateur des intentions du législateur » au motif que « cette critique qui porte en réalité sur l’opportunité de la loi ne saurait être retenue »¹⁷⁵. Ceci dit, nonobstant les deux contextes différents dans lesquels elles s’appliquent, les techniques de contrôle du Conseil constitutionnel doivent beaucoup à celles qui furent forgées par le Conseil d’État et qui ont servi à dessiner les paramètres de constitutionnalité externe et de constitutionnalité interne qu’il faut distinguer car ils ne s’appliquent pas également dans le contrôle a priori et dans le contrôle QPC.

S’agissant du contrôle de la constitutionnalité externe, le Conseil constitutionnel ne l’exerce que sur la loi votée et non encore promulguée. Outre le contrôle exercé sur le respect par le législateur des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative déjà évoqué, ce contrôle porte aussi sur les vices de forme de la loi. Le Conseil constitutionnel censure la loi adoptée sans les consultations préalables exigées par la Constitution comme, par exemple, la loi relative à l’organisation des territoires d’outre-mer qui doit être précédée des consultations des assemblées territoriales intéressées¹⁷⁶, ou celle qui fixe des objectifs qualitatifs

174 Decision no. 2012-248 QPC of 16 May 2012, *Mr Mathieu E. [Access to information regarding personal origins]*, recital 8.

175 Decision no. 84-179 DC of 12 September 1984, *Act pertaining to the age limit in the civil service and the public sector*, recital 14.

176 Decision no. 80-122 DC of 22 July 1980, *Act applying the Criminal Procedure Code and certain legislative provisions to the overseas territories*, recital 3.

174 Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles]*, cons. 8.

175 Décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d’âge dans la fonction publique et le secteur public*, cons. 14.

176 Décision n° 80-122 DC du 22 juillet 1980, *Loi rendant applicable le Code de procédure pénale et certaines dispositions législatives dans les territoires d’outre-mer*, cons. 3.

sets qualitative and quantitative objectives for state action in the educational arena, which should have been submitted to the Economic and Social Council for an opinion but was not, or the law based on a bill containing a provision that "was not mentioned at any time during the consultation of the Conseil d'État's standing committee"¹⁷⁷. Other examples criticised by the Constitutional Council on the grounds of procedural defects were the ordinary law setting out the incompatibilities regime applicable to members of Parliament, in breach of Article 25 (1st paragraph) of the Constitution, which requires an Institutional Act in this instance¹⁷⁸, or the ordinary law that impinged on the area covered by the Finance Acts, by creating a tax on certain products and allocating the revenues to a special fund¹⁷⁹. Similarly, there is a procedural defect when the Finance Act contains budget elements¹⁸⁰, or the Social Security Finance Act contains social elements¹⁸¹, or in other words, provisions that have nothing to do with the matter concerned, which are covered by other legal documents and which, given where they are found, have managed to escape procedural formalities, in particular the consultation processes that should, in principle, apply.

The process of reviewing the internal constitutionality of the law is based in the model used to assess the internal legality of administrative acts. In principle, the review can take place at varying degrees of intensity. There is a limited review and a normal review. The distinction was established in the case law on *abortion*: "Article 61 of the Constitution does not confer on

et quantitatifs à l'action de l'État en matière éducative, qui aurait dû être soumise pour avis au Conseil économique et social et qui ne l'a pas été, ou la loi issue d'un projet de loi contenant une disposition qui « n'a été évoquée à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'État »¹⁷⁷. Tombe aussi sous la censure du Conseil constitutionnel pour vice de procédure la loi ordinaire qui fixe le régime des incompatibilités applicables aux membres du Parlement en violation de l'article 25 (alinéa 1^{er}) de la Constitution qui requiert une loi organique en la matière¹⁷⁸, ou la loi ordinaire qui empiète sur le domaine des lois de finances par la création d'une taxe sur certains produits et l'affectation de son produit à un fonds spécial¹⁷⁹. De même, il y a vice de procédure lorsque la loi de finances comporte des cavaliers budgétaires¹⁸⁰, ou la loi de financement de la sécurité sociale des cavaliers sociaux¹⁸¹, autrement dit, des dispositions qui n'ont rien à y faire, qui relèvent d'autres actes juridiques et qui, se trouvant là où elles se trouvent, ont échappé aux procédures, en particulier, aux consultations en principe applicables.

Le contrôle de la constitutionnalité interne de la loi s'est construit sur le modèle de celui applicable à la légalité interne de l'acte administratif. Le contrôle connaît, en principe, des intensités variables. Il y a un contrôle restreint et un contrôle normal. La distinction fut établie dans la jurisprudence *IVG* : « L'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général

177 Decision no. 2003-468 DC of 3 April 2003, *Act pertaining to the election of regional councillors and representatives of the European Parliament and public support for political parties*, recital 8.

178 Decision no. 84-177 DC of 30 August 1984, *Act pertaining to the status of the territory of French Polynesia*, notably article 10, recital 5.

179 Decision no. 90-283 DC of 8 January 1991, *Act pertaining to combating tobacco addiction and alcoholism*, recitals 42-45.

180 Decision no. 81-136 DC of 31 December 1981, *Third amended Finance Act for 1981*, recital 3.

181 Decision no. 98-404 DC of 18 December 1998, *Social Security Finance Act 1999*, recital 29.

177 Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, cons. 8.

178 Décision n° 84-177 DC du 30 août 1984, *Loi relative au statut du territoire de la Polynésie française*, et notamment son article 10, cons. 5.

179 Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 42-45.

180 Décision n° 81-136 DC du 31 décembre 1981, *Troisième loi de finances rectificative pour 1981*, cons. 3.

181 Décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, cons. 29.

the Constitutional Council a general or particular discretion identical with that of Parliament, but simply empowers it to rule on the constitutionality of statutes referred to it”¹⁸². This is still the case, even though the text of the Constitution, taken literally, seems to invite the judge to conduct a more in-depth review, subject to a nuance that was added at the time of the *Security and Freedom* decision. In this case, the Council was asked to give its opinion on the scope of Article 8 of the Declaration of the Rights of Man, which establishes the principle of proportionality for offences and penalties as follows: “The law should establish only penalties that are strictly and evidently necessary”. Following the report by Doyen Vedel, it remained faithful to the formulation of 1975: “it is not for the Constitutional Council to substitute its own appraisal for that of the legislature in respect of the necessity of the penalties attached to the offences defined by it”, subject to one reservation, “provided that no provision in the 1st title of the Act is *manifestly* contrary to the principle established by Article 8 of the Declaration of 1789”¹⁸³. The result of the two stages is the following ritual formula, which has been consistently repeated since:

“The Constitutional Council does not have a general power of appraisal and decision-making of the same kind as the Parliament; it is not responsible for identifying whether the objectives the legislature has set for itself could have been achieved by other means, provided the methods set out in the law are not *manifestly* inappropriate to the desired end.”¹⁸⁴

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 déferées à son examen »¹⁸². Ceci reste vrai, même lorsque le texte de la Constitution, pris au pied de la lettre, semble inviter le juge à faire un contrôle plus approfondi, sous réserve d’une nuance qui fut ajoutée à l’occasion de la décision *Sécurité et Liberté*. Dans cette affaire, le Conseil dut se prononcer sur la portée de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’homme qui pose le principe de la proportionnalité des délits et des peines en ces termes : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Sur le rapport du Doyen Vedel, il est resté fidèle à la formule de 1975, « il n’appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci », à une réserve près, capitale en la circonstance, « alors qu’aucune disposition du titre 1^{er} de la loi n’est *manifestement* contraire au principe posé par l’article 8 de la Déclaration de 1789 »¹⁸³. Le résultat des deux étapes est la formule rituelle suivante, constamment reprise depuis :

« Le Conseil constitutionnel n’a pas un pouvoir général d’appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; il ne saurait rechercher si les objectifs que s’est assignés le législateur auraient pu être atteints par d’autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas *manifestement* inappropriées à l’objectif visé. »¹⁸⁴

¹⁸² Decision no. 74-54 DC of 15 January 1975, *Voluntary Interruption of Pregnancy Act*, recital 1.

¹⁸³ Decision no. 80-127 DC of 20 January 1981, *Act strengthening the security and protecting the freedom of individuals*, recital 13 (italics added).

¹⁸⁴ Decision no. 2000-433 DC of 27 July 2000, *Act amending Act no. 86-1067 of 30 September 1986 pertaining to the freedom of communication*, recital 41.

¹⁸² Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse*, cons. 1.

¹⁸³ Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, cons. 13 (italiques ajoutées).

¹⁸⁴ Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 41.

In concrete terms, this means that in principle, the Constitutional Council only assesses the facts within the limits of an evident error, and therefore carries out a limited review. Doyen Vedel justified this in the following terms:

"The Declaration of Rights of 1789 was never written or even intended to form the basis of a review of constitutionality. Quite the opposite: as loyal disciples of Rousseau on this point, the authors of the Constitution never imagined that the legislature could make a mistake or act unjustly. The law, as an expression of the general will, was therefore infallible in their eyes. So what weight did the Declaration of Rights carry for them? A statement of eternal and universal truths that the legislature should constantly bear in mind, but not a positive legal text designed to be implemented by an authority responsible for reviewing the decisions of the legislature.

"Let us state clearly, that the review of constitutionality established in 1958, and developed further since the revision of the Constitution in 1974, is, compared with the Declaration, a patch, and this places it in embarrassing situations whenever its duties require it to review the application of a principle that has been formulated from the perspective of a philosophical or moral statement, rather than from the perspective of a rule of positive law.

"Undoubtedly, in certain cases, a particular principle expressed in the Declaration has itself, because the matter lends itself to it, the operational nature associated with a legal rule. For example, if we take the rule that everyone is presumed innocent until they have been found guilty (Article 9 of the Declaration), there is no gap between the statement of the philosophical or moral rule and the legal rule; to take another example, the same is true of the principle of non-retroactivity. In these cases, the review by the Constitutional

Concrètement, cela veut dire qu'en principe, le Conseil constitutionnel n'apprécie les faits que dans les limites de l'erreur manifeste, donc pratique un contrôle restreint. Le Doyen Vedel en avait donné les raisons comme suit :

« La Déclaration des droits de 1789 n'a jamais été écrite, ni même pensée comme devant être la base d'un contrôle de constitutionnalité. Bien au contraire, fidèles disciples de Rousseau sur ce point, les constituants ne concevaient pas que le législateur pût se tromper ou être injuste. La loi, expression de la volonté générale, était donc pour eux infallible. Qu'était donc pour eux la Déclaration des droits ? Un énoncé de vérités éternelles et universelles que le législateur devait sans cesse avoir devant les yeux, mais non un texte de droit positif destiné à être mis en œuvre par une autorité devant contrôler le législateur.

Disons clairement que le contrôle de constitutionnalité mis en place en 1958 et particulièrement développé depuis la révision constitutionnelle de 1974 est, par rapport à la Déclaration, une pièce rapportée et que ceci la place dans des situations embarrassantes toutes les fois que sa mission l'amène à contrôler l'application d'un principe qui a été formulé dans une perspective d'énoncé philosophique ou moral et non dans une perspective de règle de droit positif.

Sans doute, dans certains cas, tel principe formulé par la Déclaration a-t-il de lui-même, parce que la matière s'y prête, le caractère opératoire qui s'attache à la règle de droit. Par exemple, s'agissant de la règle selon laquelle tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable (article 9 de la déclaration) il n'y a pas de distance entre l'énoncé de la règle philosophique ou morale et celle de la règle de droit, de même, autre exemple, le principe de non-rétroactivité. Dans ces cas, le contrôle du Conseil constitutionnel ne souffre pas de

Council has no trouble in applying a text that was not written for the legal purpose of reviewing the law.

"In other cases, however, formulations based on a philosophical or moral principle result in a statement that is unusable, i.e. which contains no sufficiently detailed content. In spite of its apparent rigour, the formula used in Article 4, "Liberty consists of doing anything which does not harm others" is unusable, because the term "harm" assumes that it is possible to know when infringing the interests of another person is legitimate and when it is not. The text also adds that it is the law that determines the limits of freedom; far from allowing a review of the law, the 1789 Declaration refers to it.

"It is clear that the principle of proportionality of offences and penalties is not really a legal matter: an authority ruling on the law can take nothing from it, except in very marginal cases. Formulated as a moral or philosophical instruction, it has no substance that could form the basis of a legal rule in the strict sense of the word, i.e. as a prescription to act in a particular way, or not. The Council cannot implement it, not because of any refusal to apply it but because its content is too vague... The only option is therefore to adopt the solution you used in relation to the Abortion Act, recalling that the powers of the Constitutional Council are different from those of the Parliament"¹⁸⁵.

There was therefore no question, at the time (i.e. in 1982) of carrying out a review of proportionality as in Germany, where the constitutional judge conducts a complete review of proportionality (suitability, necessity and

s'appliquer à un texte qui n'avait pas été écrit à des fins juridiques de contrôle de la loi.

Mais, dans d'autres cas, la formulation en termes de principe philosophique ou moral aboutit à un énoncé non opératoire, c'est-à-dire qui ne comporte pas de contenu suffisamment précis. Malgré son apparente rigueur la formule de l'article 4 « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » n'est pas opératoire car le terme de « nuire » suppose que l'on sait dans quels cas l'atteinte aux intérêts d'autrui est légitime et dans quels cas elle est illégitime. Aussi bien, le texte ajoute-t-il que c'est la loi qui fixe les limites de la liberté ; loin d'en permettre le contrôle, le texte de 1789 y renvoie.

« Il est clair que le principe de proportionnalité des délits et des peines est très peu juridique, une autorité statuant en droit ne peut rien en tirer, sinon dans les cas très marginaux. Formulé comme une directive de caractère moral ou philosophique, il n'a pas de consistance pour qu'on en tire une règle de droit au sens propre du mot, c'est-à-dire comme une prescription de faire ou de ne pas faire un acte déterminé. Le Conseil ne peut pas le mettre en œuvre et ceci non par refus de l'appliquer mais parce que son contenu est trop vague... Il faut donc prendre la solution que vous avez déjà utilisée à propos de la loi sur l'IVG en rappelant que les pouvoirs du Conseil constitutionnel sont différents de ceux du Parlement. »¹⁸⁵

Il n'était donc pas question à l'époque, c'est-à-dire en 1982, de faire du contrôle de proportionnalité comme en Allemagne où le juge constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité complet (adéquation, nécessité,

¹⁸⁵ G. Vedel, Session of 19 January 1981, Decision no. 80-127 DC, *Security and Freedom, Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 375.

¹⁸⁵ G. Vedel, Séance du 19 janvier 1981, Décision n° 80-127 DC, *Sécurité et Liberté, Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 375.

proportionality in the strict sense of the term). Although French constitutional law contained some elements of proportionality, they emerged mainly, and in some cases exclusively, in respect of criminal penalties and sanctions. The Constitutional Council therefore practised more of a balance of interests than a review of proportionality in the strict sense of the term, in order to exclude evidently excessive "disproportionate penalties"¹⁸⁶. In the same vein, the Constitutional Council has never hesitated to follow the rule according to which, the more severe the sanction is, the harsher the penalty and the tighter and more detailed the review must be. It freely admits that "its role is to ensure the absence of any evident disproportion between the offence and the penalty imposed" but states that "the necessity of the penalties attached to offences falls within the discretion of the legislature"¹⁸⁷. The focus of the review is therefore only the relationship between penalty and sanction, avoiding necessity, which is the distinguishing mark of proportionality in the strict sense of the term. Thus, in respect of the "proportionality" that the Council requires when the offence is punished by a combination of criminal and administrative sanctions: "Should the fact that two sets of proceedings are underway result in a combination of sanctions, the principle of proportionality implies that in any event the total amount of any sanctions imposed cannot exceed the higher amount of the two"¹⁸⁸. This decision, which appeared for a time to have been subject to challenge¹⁸⁹, following a decision by the European

proportionnalité au sens strict). Si le droit constitutionnel français contenait quelques éléments de proportionnalité, ils se laissaient deviner principalement et exclusivement en matière de peines et de sanctions pénales. Le Conseil constitutionnel pratiquait alors plus une mise en balance des intérêts qu'un contrôle de proportionnalité strictement entendu afin d'exclure les excès manifestes de « peines démesurées »¹⁸⁶. Dans cette voie, le Conseil constitutionnel n'a jamais hésité à suivre la règle selon laquelle, plus la sanction est sévère, plus la peine est dure, et plus le contrôle doit être serré, approfondi. Il admet sans difficultés qu'il lui « incombe de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue », mais il précise que « la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur »¹⁸⁷. Le contrôle reste donc centré sur la seule adéquation entre la peine et la sanction, et il évite la nécessité qui est le signe distinctif de la proportionnalité strictement entendue. Ainsi, de la "proportionnalité que le Conseil exige lorsque l'infraction est punie d'une sanction pénale et d'une sanction administrative qui se cumulent : « Si l'éventualité que soient engagées deux procédures peut ainsi conduire à un cumul des sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »¹⁸⁸. Cette dernière jurisprudence qui a pu paraître un temps mise en cause¹⁸⁹, suite à un arrêt de la Cour européenne

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 375. Doyen Vedel cited "the law of Vichy, which, in order to punish clandestine slaughter, went so far as to use the death penalty to atone for the sacrifice of a cow that is about to calve".

¹⁸⁷ Decision no. 2017-625 QPC of 7 April 2017, *Mr Amadou S. [Individual terrorist undertaking]*, recital 13.

¹⁸⁸ Decision no. 2012-289 QPC of 17 January 2013, *M. Laurent D. [Disciplining of doctors]*, recital 3.

¹⁸⁹ Decision no. 2014-453/454 QPC and 2015-462 QPC of 18 March 2015, *Mr John L. and others [Cumulative prosecutions for the offence of insider dealing and prosecutions for insider misconduct]*, recital 25.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 375. Le Doyen Vedel citait « la loi de Vichy qui, pour réprimer les abattages clandestins, allait jusqu'à la peine de mort en expiation du sacrifice d'une vache amouillante ».

¹⁸⁷ Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, *M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste]*, cons. 13.

¹⁸⁸ Décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, *M. Laurent D. [Discipline des médecins]*, cons. 3.

¹⁸⁹ Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié]*, cons. 25.

Court of Human Rights¹⁹⁰, has now been permanently established¹⁹¹.

Nonetheless, the German-style full principle of proportionality is gaining ground. In 2008, the Council applied this principle to judge the constitutionality of the law on post-sentence preventive detention (the aim of which is to prevent a further offence by people suffering from a serious personality disorder, but which can lead to someone being locked up indefinitely), given that it is neither a penalty nor a sanction. Basing its decision not on Article 8 (on the proportionality of criminal sanctions to the offence committed) but Article 9 of the Declaration of 1789 and Article 66 of the Constitution, it stated that "It is indeed the task of Parliament to ensure the conciliation between the necessary maintenance of law and order to ensure the safeguarding of rights and principles of constitutional value and the exercising of constitutionally guaranteed freedoms; The latter include the freedom to come and go and the right to privacy, protected by Articles 2 and 4 of the Declaration of 1789 and the freedom of the individual of which Article 66 entrusts the protection to the Judicial Authority; Any infringement of the exercising of these freedoms should be tailored, necessary and proportionate to the aims of preventing the commission of offences it is sought to attain"¹⁹². President Genevois asked at the time "whether the application of the three components of proportionality (suitability; necessity; proportionality in the strict sense of the term) can be explained first and foremost by the gravity of preventive detention, which can lead to a total

des droits de l'homme¹⁹⁰, a en définitive été maintenue¹⁹¹.

Toutefois, le principe complet de proportionnalité à l'allemande progresse. En 2008, le Conseil l'avait appliqué pour juger de la constitutionnalité de la loi sur la rétention de sûreté (dont le but est de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité, mais qui peut conduire à garder une personne indéfiniment enfermée), la rétention de sûreté n'étant ni une peine, ni une sanction. Sur le fondement, non plus de l'article 8 (proportionnalité entre la sanction pénale et l'infraction), mais des articles 9 de la Déclaration de 1789 et 66 de la Constitution, il avait affirmé « qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; qu'au nombre de celles-ci figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, ainsi que la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la protection à l'autorité judiciaire ; que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi »¹⁹². Le Président Genevois s'était demandé à l'époque « si l'application des trois composantes de la proportionnalité (adéquation ; nécessité ; proportionnalité au sens strict) s'explique avant tout par la gravité de la rétention de sûreté, qui

¹⁹⁰ ECHR, 2nd section, *Case of Grande Stevens and others vs Italy*, 4 March 2014.

¹⁹¹ Decision no. 2015-513/514/526 QPC of 14 January 2016, *Mr Alain D. and others [Cumulative criminal prosecutions for the offence of insider dealing with prosecutions before the AMF Enforcement Committee for insider misconduct – II]*, recital 12.

¹⁹² Decision no. 2008-562 DC of 21 February 2008, *Act pertaining to post-sentence preventive detention and diminished criminal responsibility due to mental deficiency*, recital 13.

¹⁹⁰ CEDH, 2^e section, *Affaire Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014.

¹⁹¹ Décision n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janvier 2016, *M. Alain D. et autres [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié – II]*, cons. 12.

¹⁹² Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 13.

deprivation of liberty, or if it is general in scope”¹⁹³.

It appears today that, although the Council did not choose the second option, it was at least attracted by its advantages. In 2015, it applied a strict review of proportionality to “breaches of the right to privacy (which) must be proportionate to the aim pursued”¹⁹⁴. In 2017, it extended the full review of proportionality to include freedom of expression: “Freedom of expression and communication is all the more precious since the exercising thereof is a condition of democracy and one of the guarantees of respect for other rights and freedoms. It follows that infringement of the exercising of these freedoms should be tailored, necessary and proportionate to the aim it seeks to attain”¹⁹⁵. But we should be cautious. These advances are not the general rule and in many cases, the limited review remains. The question is knowing which ones.

Insofar as it is possible to follow it in a dense series of cases unencumbered with details, the line that separates a normal review from a limited one relates to the content of the applicable constitutional principle. The more general the principle, the freer the interpretation, but the freer the interpretation, the more dangerous it is for the judge. On what basis would it have “the formidable honour”, as Georges Vedel put it, of reviewing the legislature’s appraisal of the principle concerned and claiming that its own is better? This enigma is not exclusive to French constitutionalism.

peut conduire à une privation totale de liberté, ou si elle a une portée générale »¹⁹³.

Il semble bien aujourd’hui que le Conseil ait sinon choisi la deuxième voie, du moins qu’il soit séduit par ses avantages. En 2015, il a appliqué un strict contrôle de proportionnalité aux « atteintes au droit au respect de la vie privée (qui) doivent être proportionnées à l’objectif poursuivi »¹⁹⁴. En 2017, il a étendu le contrôle de proportionnalité plein et entier à la liberté d’expression : « La liberté d’expression et de communication est d’autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l’une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s’ensuit que les atteintes portées à l’exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l’objectif poursuivi »¹⁹⁵. Mais il faut être prudent. Ces avancées ne sont pas générales et, dans bien des cas, le contrôle restreint subsiste. La question est de savoir dans quels cas.

Pour autant qu’on puisse la suivre dans une jurisprudence dense qui ne s’encombre pas de détails, la ligne qui sépare contrôle normal et contrôle restreint tient au contenu du principe constitutionnel applicable. Plus le principe est général, et plus l’interprétation est libre, mais plus l’interprétation est libre, et plus elle est dangereuse pour le juge. À quel titre aurait-il « le redoutable honneur », comme disait Georges Vedel, de contrôler l’appréciation que le législateur a faite dudit principe et prétendre que la sienne est la meilleure ?

193 B. Genevois, “L’enrichissement...”, *supra* note 81, p. 43.

194 Decision no. 2015-713 DC of 23 July 2015, *Intelligence Act*, recital 11.

195 Decision no. 2016-745 DC of 26 January 2017, *Act pertaining to equality and citizenship*, § 193 (relating to criminal sanctions for denial, minimisation or extreme trivialisation of a crime of genocide, crime against humanity, crime of enslavement or war crime when said denial, minimisation or trivialisation constitute an incentive to violence or hatred by reference to alleged race, colour, religion, ascendancy or national origin).

193 B. Genevois, “L’enrichissement...”, *supra* note 81, p. 43.

194 Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 11.

195 Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l’égalité et à la citoyenneté*, § 193 (à propos de la répression pénale de la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière d’un crime de génocide, d’un crime contre l’humanité, d’un crime de réduction en esclavage ou d’un crime de guerre lorsque cette négation, cette minoration ou cette banalisation constituent une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l’ascendance ou l’origine nationale).

All constitutional judges face the problem of the extremely general nature of the texts of declarations of rights or constitutions. It is clear that because it is based on the *common law* tradition, which views judges as the "living oracles" of the law, the Supreme Court is in a much more comfortable position than the Constitutional Council. Similarly, the German Constitutional Court, thanks to the values that the Basic Law requires it to defend (German democracy is a "militant democracy"¹⁹⁶, safeguarding which is entrusted to the court in Karlsruhe), can boldly allow itself to conduct a review of proportionality as part of a normal review. This is not yet the case with the Constitutional Council, which addresses proportionality differently, depending on whether it is being used to measure an attack on freedom of expression¹⁹⁷ or the right of ownership¹⁹⁸. The situation may evolve, however, towards the case law of the European Court of Human Rights. In respect of validations, for example, having previously required an adequate level

Cette énigme n'est pas propre au constitutionnalisme français. Tous les juges constitutionnels sont confrontés au problème de l'extrême généralité des textes que sont les déclarations de droits ou les constitutions. Il est évident qu'adossée à la tradition de *common law* qui tient les juges pour les « oracles vivants » du droit, la Cour suprême est dans une position bien plus confortable que le Conseil constitutionnel. De même la Cour allemande, forte des valeurs que la Loi fondamentale lui impose de défendre (la démocratie allemande est une « démocratie militante »¹⁹⁶ dont la garde est confiée à l'institution de Karlsruhe), peut se permettre l'audace de pratiquer le contrôle de proportionnalité au titre du contrôle normal. Telle n'est pas encore la situation du Conseil constitutionnel qui ne pratique pas la proportionnalité de la même manière selon qu'elle sert à mesurer une atteinte à la liberté d'expression¹⁹⁷ ou au droit de propriété¹⁹⁸. Mais la situation pourrait évoluer à la faveur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

196 The expression "militant democracy" (in German, *streitbare Demokratie*) is found in the case about banning the Communist party, which was judged by the Federal Constitutional Court in 1956, BVerfGE 5, 85 [139]; see Ch. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1997, p. 110-111, § 101.

197 "Freedom of expression and communication is all the more precious since the exercising thereof is a condition of democracy and one of the guarantees of respect for other rights and freedoms; any restrictions on the exercising of this freedom should be necessary, adapted and proportionate to the purpose it is sought to achieve", Decision no. 2010-3 QPC (28 May 2010), *Union des familles en Europe [Family associations]*, recital 6 (italics added).

198 "The right to own property is one of the rights of man enshrined in Articles 2 and 17 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789; according to Article 17: "Property being an inviolable and sacred right, no one can be deprived of private usage, if it is not when the public necessity, legally noted, evidently requires it, and under the condition of a just and prior indemnity"; in the absence of deprivation of the right of property as defined in this article, Article 2 of the Declaration of 1789 nonetheless implies that limits on this right must be "justified by a reason of general interest and be proportionate with the objective pursued" Decision no. 2011-212 QOC (20 January 2012), *Ms Khadija A., wife of Mr [Insolvency proceedings: inclusion in assets of spouse's property]*, recital 3 (italics added).

196 L'expression « démocratie militante » (en allemand, *streitbare Demokratie*) est contenue dans l'affaire de l'interdiction du parti communiste jugée par la Cour constitutionnelle fédérale en 1956, BVerfGE 5, 85 [139]; v. Ch. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. Droit fondamental, 1997, p. 110-111, § 101.

197 « La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi », Décision n° 2010-3 QPC (28 mai 2010), *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, cons. 6 (italiques ajoutées).

198 « La propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; aux termes de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi », Décision n° 2011-212 QPC (20 janvier 2012), *Mme Khadija A., épouse M. [Procédure collective : réunion à l'actif des biens du conjoint]*, cons. 3 (italiques ajoutées).

of general interest¹⁹⁹, the Constitutional Council now requires a compelling general interest²⁰⁰ in line with the case law of the Strasbourg court, to which it has finally come round.

2. Techniques of persuasion

Provided this capacity is applicable to them, the recipients of the decisions made by the Constitutional Council are not ordinary parties to legal proceedings. Because it only issues an opinion in response to a referral from the constitutional public authorities (the President of the Republic, the Government and Parliament) or from the Conseil d'État or the Court of Cassation, it addresses its decisions to these bodies. In terms of ensuring respect for them, it cannot make use of the magic formula that assures a judge in the courts that they will be obeyed and authorises them to "summon and order all bailiffs, on this request, to execute (their judgment), all public prosecutors and state prosecutors attached to the tribunaux de grande instance to uphold it and all commanders and officers of the forces of law and order to help and assist whenever required to do so by the law"

l'homme. Ainsi, en matière de validations, après avoir exigé un intérêt général suffisant¹⁹⁹, le Conseil constitutionnel a requis un intérêt général impérieux²⁰⁰ conformément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à laquelle il s'est finalement rallié.

2. Les techniques de persuasion

Pour autant qu'on puisse leur appliquer cette qualité, les destinataires des décisions du Conseil constitutionnel ne sont pas des justiciables ordinaires. Ne se prononçant que sur saisine des pouvoirs publics constitutionnels (Président de la République, Gouvernement et Parlement) ou sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, c'est à eux que s'adressent ses décisions. Pour en assurer le respect, il ne peut pas les assortir de la formule magique qui assure le juge judiciaire d'être obéi et l'autorise à « mander et ordonner à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre (son jugement) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement

¹⁹⁹ Thus, "the legislature cannot intervene in contracts that have been lawfully entered into unless such intervention is justified by a *reason of sufficient general interest*", Decision no. 2009-592 DC of 19 November 2009, *Act pertaining to careers guidance and lifelong professional training*, recital 9.

²⁰⁰ In terms of validations, the Constitutional Council has long proscribed the criticism of judges by the legislature and any retroactive effect in criminal matters, Decision no. 80-119 FDC of 22 July 1980, *Act validating administrative actions*, recitals 6-7. In other matters, "if the legislature can amend a rule of law of validate an administrative action or an action governed by private law, it must be on the condition that said amendment or validation respects both the decisions of the courts as having the effect of *res judicata* and the principle of non-retroactivity of penalties and sanctions, and that the effect on the rights of individuals resulting from said amendment or validation is justified by a *pressing ground of general interest*", Decision no. 2014-695 DC of 24 July 2014, *Act pertaining to the securing of formal loan agreements taken out by legal entities governed by public law*, recital 9; Decision no. 2013-366 QPC (SELARL PJA, *as liquidator of the company Mafrow France*), recital 3. The two conditions are cumulative.

¹⁹⁹ Ainsi, « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un *motif d'intérêt général suffisant* », Décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009, *Loi relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie*, cons. 9.

²⁰⁰ En matière de validations, il y a longtemps que le Conseil constitutionnel proscrit la censure du juge par le législateur de même que toute rétroactivité en matière pénale, Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, cons. 6-7. Dans d'autres matières, « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition que cette modification ou cette validation respecte tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions et que l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit justifiée par un *motif impérieux d'intérêt général* », Décision n° 2014-695 DC du 24 juillet 2014, *Loi relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public*, cons. 9 ; Décision n° 2013-366 QPC (SELARL PJA, *as liquidateur de la société Mafrow France*), cons. 3. Les deux conditions sont cumulatives.

(Decree no. 47-1047 of 12 June 1947 on the writ of execution). It is like Glendover who, thanks to the exceptional circumstances of his birth during a night of thunderstorms and lightning, boasts that he can bring forth ghosts from the depths of the shadows, and whom Hotspur asks: "But will they come when you do call for them?"²⁰¹.

In its relationship with the President of the Republic, the Constitutional Council issues opinions or decisions. The authority of opinions (Articles 11 and 16 of the Constitution) is fragile. General de Gaulle took no account of the unofficial opinion it gave on the use of a referendum to change the arrangements for the election of the President of the Republic. With regard to its decisions on the constitutionality of adopted laws, the situation is simpler, insofar as it is regulated by the Constitution: "A provision declared unconstitutional on the basis of article 61 shall be neither promulgated nor implemented". The President of the Republic has the choice either to promulgate the law without the provision that has been cancelled²⁰², or to request a new reading in Parliament²⁰³.

In respect of the Government, the Constitutional Council provides assistance through its reports, in preparing any reforms of electoral law that prove necessary following the reviews of presidential and parliamentary elections that it conducts, for example, about the sponsorships required to a candidate to stand for election to the Presidency

requis » (Décret n° 47-1047 du 12 juin 1947 relatif à la formule exécutoire). Il est comme Glendover qui, fort des circonstances exceptionnelles de sa naissance au cours d'une nuit d'orages sillonnée d'éclairs, se vante de pouvoir faire venir les esprits de la profondeur des ténèbres, et à qui Hotspur demande : « Mais es-tu sûr qu'ils viendront quand tu les appelleras ? »²⁰¹.

Dans ses rapports avec le Président de la République, le Conseil constitutionnel rend des avis ou des décisions. S'agissant des avis (articles 11 et 16 de la Constitution), leur autorité est fragile. Le Général de Gaulle n'a tenu aucun compte de l'avis officieux qu'il lui donna sur le recours au référendum pour modifier les conditions d'élection du Président de la République. S'agissant de ses décisions sur la constitutionnalité de la loi votée, la situation est plus simple dans la mesure où elle est réglée par la Constitution : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ». Le Président de la République a le choix entre soit promulguer la loi sans la disposition annulée²⁰² soit demander une nouvelle lecture au Parlement²⁰³.

Vis-à-vis du Gouvernement, le Conseil constitutionnel l'assiste par ses rapports dans la préparation des réformes du droit électoral qui s'avèrent nécessaires à la suite des contrôles qu'il exerce sur les élections présidentielles et législatives, par exemple, à propos des parrainages nécessaires

²⁰¹ Shakespeare, *Henry IV*, Act III, scene 1.

²⁰² If the law can be applied without the cancelled provisions, the procedure goes no further. If this is not the case, because they are inseparable from the law, a new legislative procedure will be required, so that a vote can be taken on new provisions, in accordance with the decision. This was the procedure followed in 1982 for the Nationalisation Act: Decision no. 81-132 DC of 16 January 1982, *Nationalisation Act*; Decision no. 82-139 DC of 11 February 1982, *Nationalisation Act*.

²⁰³ This was the solution adopted to pass the law on the development of New Caledonia; see *supra* note 135 and corresponding text.

²⁰¹ Shakespeare, *Henri IV*, Acte III, scène 1.

²⁰² Si la loi peut être appliquée sans les dispositions annulées, la procédure en reste là. Mais, si ce n'est pas le cas, si celles-ci sont inséparables de la loi, il faut recourir à une nouvelle procédure législative pour obtenir le vote de nouvelles dispositions conformes à sa décision. C'est la procédure qui fut suivie en 1982 pour la loi de nationalisation : Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* ; Décision n° 82-139 DC du 11 février 1982, *Loi de nationalisation*.

²⁰³ C'est la solution qui fut adoptée pour faire passer la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, v. *supra* note 135 et texte correspondant.

or the allocation of equal amounts of time to candidates in the media (introduction of the principle of fairness). With regard to the Council's decisions on the constitutionality of the law, it is important to distinguish whether the provision deemed unconstitutional is part of a law that has been simply adopted or has already been promulgated. If the law has been adopted, a provision that is declared unconstitutional "cannot be implemented" (article 62). If the law has been promulgated, the provision is repealed. In general terms, the Government plays an essential role in the authority of the Constitutional Council over all government activity and the influence of its decisions on the administration. As the Constitution clearly states: "They (the decisions of the Constitutional Council) shall be binding on public authorities and on all administrative authorities and all courts" (Article 62) but it is important to be aware that in practical terms, it is most often the Government that makes this authority effective in practice.

In this respect, an important circular from the Prime Minister of 25 May 1988, signed by Michel Rocard, Prime Minister, and prepared by Guy Carcassonne, brought about a fundamental change in the spirit and working method of the Government²⁰⁴. This text, which is still in effect, is split into five chapters (respect for the rule of law, respect for the legislature, respect for civil society, respect for the consistency of government action and respect for the administration) and is described as a "code of ethics for government action". Its importance derives from the leading role and fundamental place it assigns to respect for the Constitution or in other words, respect for the rule of law in the work of the government: "It is important to make every effort to identify and eliminate the risks of unconstitutionality that can mar bills, amendments and proposals

pour se présenter à l'élection présidentielle ou de l'égalité du temps de parole aux candidats sur les médias (introduction du principe d'équité). S'agissant des décisions du Conseil sur la constitutionnalité de la loi, il faut distinguer selon que la disposition frappée d'inconstitutionnalité relève de la loi votée ou de la loi promulguée. S'il s'agit d'une loi votée, la disposition déclarée inconstitutionnelle « ne peut être mise en application » (article 62). S'il s'agit d'une loi promulguée, la disposition est abrogée. De manière générale, le Gouvernement joue un rôle essentiel dans l'autorité du Conseil constitutionnel sur l'ensemble de l'activité gouvernementale et l'influence de ses décisions sur l'administration. La Constitution dit bien : « Elles (les décisions du Conseil constitutionnel) s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles » (article 62), mais il faut savoir que, concrètement, c'est le plus souvent le Gouvernement qui rend cette autorité effective.

À cet égard, une importante circulaire du Premier ministre du 25 mai 1988 signée de Michel Rocard, Premier ministre, et préparée par Guy Carcassonne, a changé en profondeur l'esprit et la méthode de travail du Gouvernement²⁰⁴. Toujours en vigueur, ce texte qui est divisé en cinq chapitres (respect de l'État de droit, respect du législateur, respect de la société civile, respect de la cohérence de l'action gouvernementale, respect de l'administration), se présente comme « un code de déontologie de l'action gouvernementale ». Son importance tient à la première place et au rôle fondamental qu'il attribue au respect de la Constitution, autrement dit, au respect de l'État de droit dans le travail gouvernemental : « Il convient de tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et

²⁰⁴ Circular of 25 May 1988 on the government's working method, *JORF*, 27 May 1988, p. 7381 s.

²⁰⁴ Circulaire du 25 mai 1988 relative à la méthode de travail du gouvernement, *JORF*, 27 mai 1988, p. 7381 s.

for legislation included on the agenda. We must be concerned about this *even in situations where a referral to the Constitutional Council is relatively unlikely*". In response to this, the Prime Minister asked all administrative authorities "to have their departments examine carefully all questions of constitutionality that could be raised by a text during the drafting stage and to refer them to the government's Secretary General sufficiently far in advance to allow them to carry out their own investigation (and) set out a timetable for the preparatory work, giving the Conseil d'État time to conduct a detailed examination of the draft". These instructions, which have been systematically followed by all governments, have given the case law of the Constitutional Council decisive authority over government departments from top to bottom. In addition, all circulars relating to the implementation of laws incorporate the reservations in respect of interpretation that the Council has attached to its decisions. This is particularly true of the circulars implementing laws aimed at the state prosecution service.

The Parliament is obliged to apply the decisions of the Constitutional Council since they "are binding on public authorities", of which it obviously forms part (Article 62). The question was asked, at the start of the Vth Republic, whether in respect of the Parliament, this authority applied to both the grounds and the decision, or only the latter. In 1962, the Council adopted a very broad view of its authority in respect of the Parliament. In light of Article 62 of the Constitution, it took the view that "the authority of the decisions referred to in this provision related *not only to the decision but also the grounds*, which are the necessary support for the decision and indeed constitute its very foundation"²⁰⁵. The same opinion was reiterated in

les propositions de loi inscrites à l'ordre du jour. Cette préoccupation doit être la nôtre *même dans les hypothèses où une saisine du Conseil constitutionnel est peu vraisemblable* ». Pour y répondre, le Premier ministre demanda à toutes les autorités administratives de « faire étudier attentivement par les services les questions de constitutionnalité que pourrait soulever un texte en cours d'élaboration et de saisir le secrétariat général du gouvernement suffisamment à l'avance pour lui permettre de se livrer également à cette étude (et) de prévoir un calendrier des travaux préparatoires laissant au Conseil d'État le temps de procéder à un examen approfondi du projet ». Ces instructions, qui ont été systématiquement reprises par tous les gouvernements, ont donné à la jurisprudence du Conseil constitutionnel une autorité décisive sur les services de l'État du sommet jusqu'à la base. De plus, toutes les circulaires d'application des lois incorporent les réserves d'interprétation que le Conseil a pu y attacher dans ses décisions. C'est, en particulier, le cas des circulaires d'application des lois qui sont destinées au Parquet.

Le Parlement est tenu d'appliquer les décisions du Conseil constitutionnel puisqu'elles « s'imposent aux pouvoirs publics » dont il fait évidemment partie (article 62). La question s'est posée de savoir au début de la V^e République si, vis-à-vis du Parlement, cette autorité s'attachait aux motifs et au dispositif, ou seulement à ce dernier. Dès 1962, le Conseil adopta une vue très large de son autorité vis-à-vis du Parlement. Au visa de l'article 62 de la Constitution, il estima que « l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache *non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs* qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »²⁰⁵. Cette jurisprudence a

²⁰⁵ Decision no. 62-18 L of 16 January 1962, *Legal nature of the provisions of Article 31 (paragraph 2) of the Agricultural Framework Act no. 60-808 of 5 August 1960*, recital 1 (italics added).

²⁰⁵ Décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, cons. 1 (italiques ajoutés).

1988²⁰⁶ with regard to a law that sought to reinstate staff representative or trade-union leaders who had been dismissed from Renault for serious misconduct, in addition to the amnesty that had already been achieved²⁰⁷. This shows the importance of grounds for the legislature.

As the President of the Senate said in 1971, to explain his blank referral of the law against violent demonstrators, which led to the *Freedom of association* decision, the Constitutional Council is there to "enlighten the legislature"²⁰⁸. Its case law today, which is much more extensive than in 1971, underpins the laws being debated by the two houses of Parliament and it is the grounds for its decisions that determine the framework and limits on the freedom to establish the law that they enjoy with the Government. It is from this perspective that the recent reform of the reasons for the Council's decisions, which it wanted to be "simpler and easier to understand" should be understood²⁰⁹. It

été réitérée en 1988²⁰⁶ à propos d'une loi qui voulait réintégrer dans l'entreprise Renault, en sus de l'amnistie déjà acquise, des représentants du personnel ou responsables syndicaux licenciés pour fautes lourdes²⁰⁷. C'est dire l'importance que revêtent les motifs pour le législateur.

Comme disait le Président du Sénat en 1971 pour expliquer sa saisine blanche de la loi anticasseurs qui conduisit à la décision *Liberté d'association*, le Conseil constitutionnel est là pour « éclairer le législateur »²⁰⁸. Sa jurisprudence aujourd'hui bien plus nourrie qu'en 1971 est en arrière-fonds des lois sur lesquelles les Assemblées délibèrent et ce sont les motifs de ses décisions qui déterminent le cadre et les limites de la liberté d'écriture de la loi dont elles jouissent avec le Gouvernement. C'est dans cette optique qu'il faut comprendre la récente réforme de la motivation des décisions du Conseil qui a voulu que ses décisions soient « plus simples et mieux motivées »²⁰⁹. Bien

206 Decision no. 89-258 DC of 8 July 1989, *Amnesty Act*, recital 13.

207 Decision no. 88-244 DC of 20 July 1988, *Amnesty Act*, which limits the authority of res judicata attached to the decision of the Constitutional Council to a declaration of unconstitutionality aimed at certain provisions of the law in question (cons. 18) while decision no. 89-258 DC, *supra* note 206, takes a broader approach, by focusing on the substantial content of the law (recital 17).

208 The referral in this famous case was made by a simple letter from the President of the Senate, Mr Alain Poher, to the President of the Constitutional Council. It had not been reported to the President of the Republic, the Prime Minister and the President of the National Assembly in accordance with Article 18 of the order constituting the Institutional Act on the Constitutional Council. A debate then followed, at the end of which the President of the Senate provided some useful indicators, revealing the role of the Council vis-à-vis the two houses of Parliament: "The Senate has just rejected by thirteen votes out of almost three hundred (in fact, two hundred and seventy-five), the bill reforming the legislation on associations. The result arrived at after detailed debate shows that it was right to examine this fundamental piece of legislation. It was why the President of the Senate was prompted to refer the matter to the Constitutional Council, for an opinion on the law finally adopted by the National Assembly. Indeed, it falls within the remit of the constitutional High Court to state the law, in order to inform the legislature", *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 209-210. The more case law the Constitutional Council has produced, the more its "insights" have become decisive.

209 Laurent Fabius, Sciences Po Paris, 14 September 2016, <http://www.conseil-constitutionnel>.

206 Décision n° 89-258 DC du 8 juillet 1989, *Loi portant amnistie*, cons. 13.

207 Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, qui limite l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi censurée (cons. 18) alors que la décision n° 89-258 DC, *supra* note 206, adopte une conception plus large en s'attachant au contenu matériel de la loi (cons. 17).

208 La saisine dans cette célèbre affaire avait été faite par simple lettre du Président du Sénat, M. Alain Poher, au Président du Conseil constitutionnel. Elle n'avait pas été notifiée au Président de la République, au Premier ministre et au Président de l'Assemblée nationale conformément à l'article 18 de l'ordonnance portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Une polémique s'ensuivit à l'issue de laquelle le Président du Sénat donna des indications utiles, révélatrices du rôle que joue le Conseil vis-à-vis des Assemblées : « Le Sénat vient de rejeter par treize voix d'écart sur près de trois cents votants (en fait deux cent soixante-quinze), le projet de loi portant réforme de la législation en matière d'associations. Le résultat acquis après des débats approfondis, montre que sur ce texte fondamental, on est en droit de s'interroger. C'est pourquoi le Président du Sénat est conduit à saisir le Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur cette loi finalement adoptée par l'Assemblée nationale. Il est en effet dans les attributions de la Haute juridiction constitutionnelle de dire le droit, afin d'éclairer le législateur », *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 209-210. Plus la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'est étoffée, et plus son « éclairage » est devenu déterminant.

209 Laurent Fabius, Sciences Po Paris, 14 septembre 2016, <http://www.conseil-constitutionnel>.

is clear, of course, that the reasons for the decisions made by the Constitutional Council are important for citizens and that the controversies in public opinion that the laws have prompted should be calmed by the explanations given for the Council's decisions. Hence the criticism by legal authors about their excessive brevity. But it is important to realise that a decision is aimed primarily at the legislature, that it is intended to inform the laws it will adopt in the future and that there is no question of sending it decisions that are 80 or 100 pages long. It is the duty of the Constitutional Council to give it simple, clear instructions. In this respect, the recent formulation of constitutional requirements with regard to freedom of expression "any infringement of the exercising of this freedom should be tailored, necessary and proportionate to the aim it seeks to attain"²¹⁰ – tell the legislature much more than the formula of 1982 – "It is the role of the legislature to reconcile... the exercise of freedom of communication as it results from Article 11 of the Declaration of the Rights of Man, with, on the one hand, the technical constraints inherent in audiovisual communications methods and on the other, the objectives of constitutional value, of safeguarding law and order, respect for the freedom of others and maintaining the pluralist nature of sociocultural currents of expression, which these methods of communication, because of their considerable influence, are likely to infringe"²¹¹. Moreover, in reality, apart from the various formulations of the limits likely to be placed on freedom of expression, there is an increase in control that means the decision will also inform the courts.

sûr, il est certain que la motivation des décisions du Conseil constitutionnel est importante pour les citoyens et que les controverses dans l'opinion publique que les lois ont suscitées doivent être apaisées par les vertus explicatives de décisions du Conseil constitutionnel. D'où la critique de la doctrine contre leur excessive brièveté. Mais il faut tenir compte du fait que la décision s'adresse par priorité au législateur, qu'elle doit l'éclairer sur les lois qu'il prendra dans l'avenir et qu'il n'est pas question de lui envoyer des décisions de 80 ou 100 pages. Le Conseil constitutionnel se doit de lui donner des directives simples, claires. À cet égard, la récente formulation des exigences constitutionnelles en matière de liberté d'expression – « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »²¹⁰ – parle beaucoup plus au législateur que la formule de 1982 – « Il appartient au législateur de concilier... l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auquel ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte »²¹¹. De plus, en réalité, au-delà des différentes formulations des limites susceptibles d'être apportées à la liberté d'expression, il y a un accroissement du contrôle de telle sorte que la décision éclaire aussi les juridictions.

fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2016/discours-de-m-laurent-fabius-a-l-occasion-de-la-rentree-solennelle-de-l-ecole-de-droit-de-sciences-po-%E2%80%93-paris-14-septembre-2016.147801.html

²¹⁰ Decision no. 2016-745 DC of 26 January 2017, *Law relating to equality and citizenship*, § 193.

²¹¹ Decision n° 82-141 DC du 27 July 1982, *Audiovisual Communications Act*, recital 5.

fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2016/discours-de-m-laurent-fabius-a-l-occasion-de-la-rentree-solennelle-de-l-ecole-de-droit-de-sciences-po-%E2%80%93-paris-14-septembre-2016.147801.html

²¹⁰ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, § 193.

²¹¹ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

Finally, with regard to the administrative and ordinary courts, the Constitutional Council was initially intended to have only a distant relationship with them. Admittedly, Article 62 of the Constitution provides that "the decisions of the Constitutional Council... shall be binding on public authorities and on all administrative authorities and all courts", which indicates, as a minimum, that the latter cannot implement a provision that has been declared unconstitutional. However, this was originally rather a hypothetical eventuality, as these were not the bodies to which its decisions were addressed. Things changed after 1975, when the Council decided in the *abortion* decision that "while these provisions (i.e., Articles 61 and 55 of the Constitution) confer upon treaties, in accordance with their terms, an authority superior to that of statutes, they neither require nor imply that this principle must be honoured within the framework of constitutional review as provided by Article 61". In so doing, the Constitutional Council decided not to make itself the guarantor of the international path chosen by France and the United Kingdom after the Second World War to protect rights and freedoms, compared with the constitutional path defended by the Americans. In other words, while the United States sought to persuade the Europeans to adopt their system, by recommending the creation of constitution courts with the power of *judicial review*, France and the United Kingdom, which did not want and could not overturn their constitution principles (parliamentary sovereignty on the one hand, and the sovereignty of Parliament on the other), preferred to protect human rights by means of a treaty, which was more respectful of their constitutional traditions, as they proved by producing the European Convention on Human Rights (1950), which France did not ratify until 1974. After this date, and in light of Article 55 of the Constitution, a whole set of rights and freedoms became virtually applicable in French law. Some months later, in the *abortion*

S'agissant, enfin, des juridictions administratives et judiciaires, initialement le Conseil constitutionnel ne devait avoir que des rapports lointains avec elles. Certes, l'article 62 de la Constitution prévoit que « les décisions du Conseil constitutionnel... s'imposent à toutes les autorités juridictionnelles », ce qui signifie au minimum que celles-ci ne peuvent pas faire application d'une disposition qu'il a déclarée inconstitutionnelle. Toutefois, cette éventualité était plutôt hypothétique à l'origine car ce n'était pas à elles que ses décisions s'adressaient. Les choses ont changé à partir de 1975 quand le Conseil décida dans la décision *IVG* que « si ces dispositions (c'est-à-dire, les articles 61 et 55 de la Constitution) confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel renonça à se faire le garant de la voie internationale choisie par la France et le Royaume-Uni après la Seconde Guerre mondiale pour protéger les droits et libertés, contre la voie constitutionnelle que défendaient les Américains. En d'autres termes, là où les États-Unis cherchaient à persuader les Européens d'adopter leur système en recommandant la création de cours constitutionnelles dotées du pouvoir de *judicial review* (contrôle de constitutionnalité des lois), la France et le Royaume-Uni qui ne voulaient pas et ne pouvaient pas renverser leurs principes constitutionnels (souveraineté parlementaire dans un cas, souveraineté du Parlement dans l'autre) préféraient protéger les droits de l'homme par la voie du traité, plus respectueuse de leurs traditions constitutionnelles, comme ils le prouvèrent en élaborant la Convention européenne des droits de l'homme (1950) que la France ne ratifia qu'en 1974. À partir de cette date, eu égard à l'article 55 de la Constitution, tout un ensemble de droits et libertés devint

decision, the Constitutional Council ruled that it was not its responsibility to guarantee the effective application of the principle established by Article 55, and it indirectly transferred responsibility to the ordinary courts on the grounds that "decisions made under Article 61 of the Constitution are unconditional and final, (...); on the other hand, the prevalence of treaties over statutes, (...) is both relative and contingent"²¹², a statement that the rapporteur, François Goguel, summed up during the debate in the following terms: "The superiority of treaties over statutes is not in itself a constitutional issue"²¹³.

The result of the Constitutional Council's refusal to include treaties in the reference standards for reviewing the constitutionality of law, starting with the European Convention on Human Rights, was that as the constitutional corpus was gradually enhanced in favour of the 1974 reform, which created the parliamentary referral, two systems of protection for rights and freedoms began to run alongside each other in the French legal system: the system based on the Convention, in Strasbourg, and the system based on the Constitution, in Paris. The two systems were not identical as they drew on different sources, in particular with regard to questions of criminal and administrative procedure (the European Convention having been heavily influenced by the British approach and the spirit of the *common law*, with the importance it attached to procedures such as *habeas corpus* and a *fair trial*) but the former was deemed superior to the latter. Moreover, the acceptance by France, in 1981, of the right of individual recourse for a breach of the Convention before the courts in

virtuellement applicable en droit français. Quelques mois plus tard, dans la décision IVG, le Conseil constitutionnel jugea qu'il ne lui appartenait pas de garantir l'application effective du principe posé par l'article 55 et il en transféra indirectement la responsabilité aux juridictions ordinaires au motif que « les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, (...) ; au contraire, la supériorité des traités sur les lois (...) présente un caractère à la fois relatif et contingent »²¹², affirmation que le rapporteur, François Goguel, avait résumée au cours de la séance de délibération en ces termes : « La supériorité du traité sur la loi n'est pas en elle-même de nature constitutionnelle »²¹³.

Le refus du Conseil constitutionnel de faire figurer les traités parmi les normes de références du contrôle de constitutionnalité des lois, à commencer par la Convention européenne des droits de l'homme, a eu pour résultat qu'au fur et à mesure que le corpus constitutionnel s'est enrichi à la faveur de la réforme de 1974 qui créa la saisine parlementaire, deux systèmes de protection des droits et libertés se sont mis à cheminer côte à côte dans l'ordre juridique français, le système conventionnel basé à Strasbourg et le système constitutionnel installé à Paris – les deux n'étant pas toujours identiques car d'inspiration différente en particulier sur les questions de procédure pénale et administrative (la Convention européenne ayant été fortement marquée sous l'influence britannique par l'esprit de la *common law* et l'importance qu'elle attache aux procédures comme l'*habeas corpus*, le *fair trial* ou procès équitable) – mais le premier étant réputé supérieur au second. De plus, l'acceptation par la France en 1981 du droit de recours individuel pour violation de la Convention devant les organes de Strasbourg l'exposa à des

²¹² Decision no. 74-54 DC of 15 January 1975, *Voluntary Interruption of Pregnancy Act*, recital 4.

²¹³ Sessions of 14 and 15 January 1975, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 270.

²¹² Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 4.

²¹³ Séances des 14 et 15 janvier 1975, *Les grandes délibérations*, *supra* note 11, p. 270.

Strasbourg opened up the possibility of the European Court of Human Rights ruling against it.

Within the European context, the problem of the authority of the decisions of the Constitutional Council over the courts, which is only one aspect of the more general problem of the hierarchy of norms, had to be entirely rethought, particularly since judicial reviews of constitutionality had made the Constitution the fundamental and supreme standard for the Republic. After the 1980s, the Constitutional Council made increasing use of the technique of interpretative reservations to ensure respect for the supremacy of the Constitution. Tucked into the grounds for its decisions, reservations are declarations, or statements, if you prefer, which clarify the sense of the decision made for the future interpretation of the law. They can be interpretative, neutralising or constructive in relation to the provisions contained in the law they relate to, and are tending to increase. It is a well-established technique, which the Council used as far back as 1959, when it was examining the Regulations of the National Assembly, when they were used in the operative part of the decision²¹⁴. Interpretative reservations began to be found in the grounds for a decision after the 1980s. They were particularly criticised by members of Parliament in 1986/87, following the elections in March 1986. The limited welcome they received did not stop the Constitutional Council; the practice continued and still continues today.

The reason is that they have become inevitable, because they are necessary. Indeed, even if they have been reviewed by the Constitutional Council, laws are still bottles tossed into the sea. No-one knows which judges will hear them relied on, in which courts they will be applied or how they will be interpreted. Admittedly, the Court of Cassation exists

condemnations par la Cour européenne des droits de l'homme.

Adossé à ce contexte européen, le problème de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel sur les autorités juridictionnelles qui n'est qu'une facette du problème plus général de la hiérarchie des normes, dut être entièrement repensé, d'autant plus que le contrôle de constitutionnalité avait désormais fait de la Constitution la norme fondamentale et suprême de la République. À partir des années 1980, pour faire respecter cette suprématie, le Conseil constitutionnel utilisa de plus en plus la technique des réserves d'interprétation. Tapiées dans les considérants de ses décisions, les réserves sont des déclarations, des énoncés si l'on préfère, qui précisent le sens de la décision rendue pour l'interprétation future de la loi. Elles peuvent être interprétatives, neutralisantes, ou constructives des dispositions contenues dans la loi à laquelle elles se rapportent et elles ont tendance à se multiplier. La technique est ancienne, le Conseil y eut recours dès 1959 à propos de l'examen du Règlement de l'Assemblée nationale où elles figuraient alors dans le dispositif de la décision²¹⁴. À partir des années 1980, les réserves d'interprétation ont figuré dans les motifs. Elles ont été surtout critiquées en 1986/87 par les parlementaires postérieurement aux élections de mars 1986. Leur accueil réservé n'arrêta pas le Conseil constitutionnel ; la pratique continua et continue encore.

La raison est qu'elles sont devenues inévitables parce que nécessaires. En effet, même contrôlées par le Conseil constitutionnel, les lois sont des bouteilles jetées à la mer. Nul ne sait devant quels juges elles seront invoquées, dans quelles juridictions elles seront appliquées et comment elles seront interprétées. Certes, le contrôle de cassation

²¹⁴ Decision no. 59-2 DC of 24 June 1959, *Regulations of the National Assembly*, notably Article 2.

²¹⁴ Décision n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, notamment l'article 2.

to harmonise the interpretation of the law and ensure that laws are applied equally and that judges cannot make them say “white” in Brittany and “black” in Provence. While judges in the administrative or ordinary courts have only one system of laws against which to interpret laws, their national legal system, there is no difficulty and the problem does not arise; a single supreme court for each is sufficient to ensure the law is uniform. But where there are several systems of law, without a clear hierarchical relationship between them, although they are all applicable, such as the national system, the community system, the European system and even the international system, no-one can say which one the judge will choose to interpret the law, particularly if the constitution does not provide strict instructions on choosing one system over another. Well before legal authors developed a theory of multi-level constitutionalism²¹⁵, the Constitutional Council had been responding to the dilemma through the use of interpretative reservations, which the spirit of French constitutionalism had made “an inevitable corollary of French-style judicial review”²¹⁶.

The fact is that the aim of interpretative reservations is not, as some have claimed, to “dictate to the courts responsible for applying it, the interpretation they should put on the text concerned”²¹⁷, but to guide the resolution of disputes arising from the interpretation or application of the law towards a scenario setting out possible applications that comply with constitutional values, in order to respond to the criticisms levelled at the law, and above all, to remove uncertainty, spare the parties from pointless litigation, get

existe pour harmoniser l’interprétation du droit et faire en sorte que les lois soient également appliquées à tous et que les juges ne leur fassent pas dire « blanc » en Bretagne et « noir » en Provence. Tant que les juges administratifs ou judiciaires n’ont qu’un seul ordre juridique de référence pour interpréter les lois, leur ordre juridique national, il n’y a pas de difficulté, le problème ne se pose pas ; une seule cour suprême propre à chacun suffit pour uniformiser le droit. Mais lorsqu’il y a plusieurs ordres juridiques non clairement hiérarchisés entre eux, quoiqu’également applicables, tels l’ordre national, l’ordre communautaire, l’ordre européen, voire l’ordre international, nul ne peut dire quel ordre juridique le juge choisira pour interpréter la loi, surtout lorsque sa constitution ne lui donne pas un mandat impératif pour choisir tel ordre plutôt que tel ordre. Bien avant que la doctrine ne théorise le constitutionnalisme multi-niveaux²¹⁵, le Conseil constitutionnel avait donné réponse à ce dilemme par le recours aux réserves d’interprétation dont l’esprit du constitutionnalisme français a fait « un corollaire inévitable du contrôle de constitutionnalité à la française »²¹⁶.

C’est qu’en effet, le but des réserves d’interprétation n’est pas, comme on l’a prétendu, de « dicter aux juridictions chargées de son application, l’interprétation qu’elles devront faire du texte en cause »²¹⁷, mais de guider la solution des litiges nés de l’interprétation ou de l’application de la loi vers un scénario d’applications possibles qui soient conformes aux valeurs constitutionnelles de manière à répondre aux griefs soulevés contre la loi, et surtout, de manière à lever les incertitudes,

215 I. Pernice, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review* 2002, accessible en ligne : <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>.

216 *Les réserves d’interprétation du Conseil constitutionnel*, General Secretariat of the Constitutional Council (2002), p. 8; see also *Les réserves d’interprétation émises par le Conseil constitutionnel*, par X. Samuel (2007).

217 *Ibid.*, p. 7.

215 I. Pernice, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review* 2002, accessible en ligne : <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf>.

216 *Les réserves d’interprétation du Conseil constitutionnel*, Secrétariat général du Conseil constitutionnel (2002), p. 8; v. aussi *Les réserves d’interprétation émises par le Conseil constitutionnel*, par X. Samuel (2007).

217 *Ibid.*, p. 7.

rid of cases of aberrant implementation by state bodies, and thus ensure equal protection under the law for all. Their aim is to guarantee legal certainty, which has been described as "the fundamental justification for French-style judicial review"²¹⁸.

Conclusion

Sixty years after its basis was established by the 1958 Constitution, French constitutionalism has now taken shape. Compared with foreign forms of constitutionalism, the least one can say is that it is original and in a class of its own. It is held by an institution that sometimes acts as a court and at other times as a body which, if not actually legislative, is at least so close to the legislature that advises it on constitutional matters. When the QPC was introduced, authoritative voices said that it could not remain in limbo indefinitely and that a time would come when it had to be accepted that it was a court, not only when it ruled on electoral issues or in relation to QPCs, but also in a priori reviews or in short, in all its activities, on the grounds that "refinement has its limits, and even bats eventually had to be assigned to a genus"²¹⁹. The argument is persuasive because, in concrete terms, the Constitutional Council generally issues its rulings as a court. But reality is always complex and it is only in the cinematographic art that things are black and white. For example, the Conseil d'Etat is not a court in everything it does and it has five consultative sections, a litigation section and a reporting and research section.

But above all, if one persistent thread has emerged from the history of the institution over the last 20 years, it has been its refusal to be marched forcibly into becoming

épargner aux justiciables des contentieux inutiles, écarter des cas d'exécution aberrante de la part des organes de l'État, et ainsi assurer à tous l'égalité de protection de la loi. Leur but est de garantir la sécurité juridique qui est, a-t-on pu dire, « la justification profonde du contrôle de constitutionnalité à la française »²¹⁸.

Conclusion

Soixante ans après que ses bases furent jetées par la Constitution de 1958, le constitutionnalisme français a aujourd'hui pris forme. Comparé aux constitutionnalismes étrangers, le moins qu'on puisse dire est qu'il est original, inclassable. Il est entre les mains d'une institution qui est tantôt une juridiction, tantôt un organe sinon législatif, du moins si proche du législateur qu'il en est le conseil en matière constitutionnelle. Lorsque la QPC fut introduite, des voix autorisées ont pu dire qu'il ne pourrait pas rester indéfiniment dans cet entre-deux et que viendrait le temps où il faudra admettre qu'il est une juridiction, pas seulement lorsqu'il statue en matière électorale ou en matière de QPC, mais aussi dans le contrôle a priori, bref, dans toutes ses activités, au motif que « (le) raffinement a ses limites et (que) même la chauve-souris a dû être classée dans un genre »²¹⁹. L'argument ne manque pas de force car, concrètement, le Conseil constitutionnel se prononce le plus souvent en tant que juridiction. Mais la réalité est toujours complexe et ce n'est que dans le Septième art qu'elle est en noir et blanc. Ainsi, le Conseil d'État n'est pas une juridiction dans tout ce qu'il fait et il existe en son sein cinq sections consultatives, une section du contentieux et une section du rapport et des études.

Mais surtout, s'il y a bien un trait persistant qui se dégage de l'histoire de l'institution sur les vingt dernières années, c'est son refus d'être conduite à marche

²¹⁸ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁹ J.-C. Colliard, "Un nouveau Conseil constitutionnel?", *Pouvoirs*, no. 137 (2011), p. 155 s., 157.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁹ J.-C. Colliard, « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, n° 137 (2011), p. 155 s., 157.

a real court, based on the model of the European Constitutional Courts. It would be unwise, and even reckless, to ignore all the signs proving that the institution has rejected a change of this kind, on the pretext that it is inevitable. The difficulty is explaining why it has refused. Where does it come from? It comes first, from the fact that the institution was not created to be a constitutional court and it is not within its remit to transform itself on its own initiative. It is not the constituent authority and only that authority can do so. There is no shortage of suggestions²²⁰. In the meantime, we can only pay tribute to the wisdom of the institution, which has refused to let itself be dragged towards government by judges. But the refusal has deeper causes than those who eulogise the constitutional courts can see and which relate to the consequences of the most important principle of French law, which underpins it and on which it is built, namely the principle of national sovereignty.

The principle of national sovereignty does not exclude a judicial review of constitutionality; the best evidence is the work of the Constitutional Council and its greatest success is that it has given shape to the legislative constitutionalism that lies at the heart of French constitutionalism. But it does exclude the possibility of the national being governed by itself or its representatives. Yet the fundamental point is that, regardless of the knowing efforts or clever conjuring tricks of authors to prove otherwise, judges are not in any way representatives.

forcée à devenir une vraie cour sur le modèle des cours constitutionnelle européennes. Il est bien imprudent, voire téméraire, de faire abstraction de tous les indices qui prouvent que l'institution refuse pareille évolution sous prétexte que celle-ci est inéluctable. La difficulté est d'expliquer ce refus. D'où vient-il ? Il vient tout d'abord du fait que l'institution n'a pas été créée pour être une cour constitutionnelle et il ne lui appartient pas de se transformer toute seule. Elle n'est pas le pouvoir constituant et il n'y a que lui qui pourrait le faire. Les propositions ne manquent pas²²⁰. En attendant, on ne peut que rendre hommage à la sagesse de l'institution qui ne se laisse pas entraîner vers le gouvernement des juges. Mais ce refus a des causes plus profondes que les thuriféraires des cours constitutionnelles ne voient pas et qui tiennent aux conséquences du plus important principe du droit français, celui qui l'a fondé et sur lequel il s'est construit, le principe de la souveraineté nationale.

Le principe de la souveraineté nationale n'exclut pas le contrôle de constitutionnalité ; la meilleure preuve en est l'œuvre du Conseil constitutionnel et c'est sa plus grande réussite que d'avoir donné forme au constitutionnalisme législatif qui est l'âme du constitutionnalisme français. Mais il exclut que la nation puisse être gouvernée par d'autres qu'elle-même ou ses représentants. Or, le point fondamental est que, quels que soient les efforts savants ou les habiles tours de passe-passe

²²⁰ Thus, in a 2015 report entitled *Refaire la démocratie*, produced with the help of several authorities from the political and academic spheres, the working group's 17th proposal reads: "The (Constitutional) Council (today) makes four times more decisions a posteriori than a priori, (...) its role as a protector of fundamental rights is now enshrined (...) and ultimately, it has transformed itself into a constitutional court in every possible way (...) Since the term "Council" is somewhat inappropriate for a court whose remit clearly extends beyond simply issuing opinions, the working group suggests that it should be renamed the "Constitutional Court", *Refaire la démocratie*, Report of the AN no. 3100 presented by Mr C. Bartolone and Mr M. Winock, p. 129-131. This was also Robert Badinter's wish during the debate on revising the Constitution in 2008.

²²⁰ C'est ainsi qu'en 2015, dans un rapport intitulé *Refaire la démocratie*, élaboré avec le concours de plusieurs autorités du monde politique et du monde universitaire, on peut lire dans la 17^e proposition du groupe de travail : « Le Conseil (constitutionnel) rend (aujourd'hui) quatre fois plus de décisions a posteriori que de décisions a priori, (...) son rôle de protecteur des droits fondamentaux est désormais consacré (...) il s'est définitivement transformé en une juridiction constitutionnelle pleine et entière (...) Le terme de "Conseil" étant peu adapté pour une juridiction qui n'a évidemment pas vocation à ne rendre que des avis, le groupe de travail suggère de lui substituer le nom de "Cour constitutionnelle" », *Refaire la démocratie*, Rapport AN n° 3100 présenté par MM. C. Bartolone et M. Winock, p. 129-131. Tel était aussi déjà le souhait de Robert Badinter lors de la discussion de la révision constitutionnelle de 2008.

They lack the anointment of universal suffrage and, while several forms of legitimacy certainly exist, there is no democratic legitimacy than that of the ballot box.

des auteurs pour prouver le contraire, les juges ne sont point des représentants. Il leur manque l'onction du suffrage universel et, s'il existe bien plusieurs formes de légitimité, il n'y a pas d'autre légitimité démocratique que celle des urnes.



Imprimé en France - JOUVE, 1, rue du Docteur Sauvé, 53100 MAYENNE
N° 2794894X - Dépôt légal : octobre 2018

Founded in 2010, the *Revue de droit Henri Capitant* or *Henri Capitant Law Review* was designed as an online means of spreading the legal culture of civil law countries. Hence its bilingualism and its publication both in a digital and a paper format, all of which is made possible thanks to the support of the Civil Law Initiative (Fondation pour le droit continental) and the commitment of the publishing house Lextenso. The Law Review has already contributed to foreign readers' knowledge about a number of markers of French law and more broadly of continental law such as the unicity of patrimony, the primacy of execution in kind, the distinction between private law and public law, the organization of legal professions or the reserved portion or the estate (also called the hereditary reserve). Since 2014 the *Review* has been enhanced by valuable yearbooks of French law and, from now on, it will include special issues too. These special issues illustrate the willingness of the Association Henri Capitant to open up its columns to rich monographs that will enjoy the exceptionally large diffusion offered by a translation in English as well as an entire publication online with a free access (<http://www.henricapitant.org/revue/fr> ou <http://www.henricapitant.org/revue/en>).

We are particularly pleased that this first special issue gives the opportunity to celebrate sixtieth anniversary of the Fifth Republic's Constitution. Readers will find an enlightened vision of French constitutionalism, so patiently depicted by our colleague Elisabeth Zoller through a life of teachings and research, both in France and in the United States. Defined as "a political doctrine that aims to guarantee political freedom, i.e. the freedom we enjoy in respect of political power, as opposed to civil liberty, which we enjoy in respect of our peers", constitutionalism has, in France, a profoundly unique character according to the author, while the Constitutional Council has a distinctive nature in that it operates both as "a regulatory body for the activities of the public authorities" and as a "constitutional public authority".

This monograph will contribute to emphasize the merits of sixty year-old Constitution although it has been regularly suggested to do away with it...

Both constitutional law and political science connoisseurs will, in any case, find in this issue food for thoughts!



ISBN 978-2-35971-229-2
6798078

