

Le constitutionnalisme français – partie 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 siège. 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 contentieux.

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

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 République. 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 comme le législateur, sous la seule réserve de la jurisprudence *Delmas*.

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 quoi ou qu'il réécrive 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 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 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 prévaloir. 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 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 ». 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 allemande. 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 Gouvernement. 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 réglementaire.

La troisième raison est plus fondamentale et s'explique par la conception française de la séparation des pouvoirs. A 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 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 ». 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 aussi. 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 juges ; c'est donc à elle qu'il faut 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. A maintes reprises, il a dit qu'il ne disposait que de compétences d'attributions 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 ». Cette jurisprudence d'incompétence a prévalu également dans le cadre de la procédure QPC. Le Conseil constitutionnel ne se prononce donc que sur les lois adoptées par le Parlement et les dispositions législatives autres que celles adoptées par voie de référendum.

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). A cette fin, à partir de 1974, quand le droit de saisir le Conseil 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 interne.

B – Le contrôle de constitutionnalité externe

La constitutionnalité externe de la loi s'entend du respect des règles constitutionnelles relatives à la procédure législative. A l'inverse des constitutionnalismes étrangers qui, 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 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 ferme. 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 ». 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.

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 Pierre. 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 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-amendement. 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 ». 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 ». 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 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 ».

Cette jurisprudence, dite *Amendement Seguin*, 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 ne 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 de vue des intérêts de la procédure et du bicaméralisme ».

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 2870 d'entre eux d'un coup ne relève pas du Conseil constitutionnel. La solution fut confirmée huit jours plus tard à propos d'une seule motion globale d'irrecevabilité opposée par le Sénat à quarante-six amendements.

Poursuivant plus avant, le Conseil constitutionnel a même constitutionnalisé le débat parlementaire lui-même. A 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, 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 ». Cette jurisprudence fut répétée à de nombreuses reprises. 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* ». 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, 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 ».

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 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 ²désencombrer² 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, 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 1986 ; 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 ».

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, 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 différentes. La discrétion du législateur s'étend au champ d'application de la loi. 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 garantit. 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 immédiate ou des mesures transitoires. 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 pénale, le principe de non-rétroactivité des lois n'ayant valeur constitutionnelle qu'en matière répressive. Pour autant 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 » . 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 réglementaire, ou lui demander de déposer un projet de loi, ou de présenter à la prochaine session un ensemble cohérent de mesures visant à remédier à la crise de la natalité française, 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 électives.

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 administratif, 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 » 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 publique 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 principe de l'inamovibilité des magistrats du siège ». 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 universitaires.

L'obligation des pouvoirs publics de protéger les droits constitutionnels par la loi, tous les droits qui relèvent d'exigences constitutionnelles, 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 magistrat. 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 réglementaire la possibilité d'étendre à sa discrétion la limite de la zone frontalière concernée au-delà de vingt kilomètres. 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 Constitution.

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 constitutionnelle. 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 de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ». 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 loi. 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 garantit. 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 réglementaire.