

Le constitutionnalisme français – partie III – L'esprit

Comme tous les autres constitutionnalismes, l'esprit du constitutionnalisme français est indissociable de ses origines. A 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'États, 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 nazie 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 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) 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 de la Constitution ? 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 ».

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 est ce qui compte le plus ; pour les Français, c'est la démocratie ». 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 ».

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 ²un procès dans le procès² 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, tient toujours, « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique », 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 constitutionnel. Le formalisme n'était prévu que pour le contentieux électoral. 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). 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 », 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

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

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 droit. 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 du juge, spécialement en cas de censure de la loi. 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 ». La seconde fut plus sobrement énoncée par Bernard Chenot : « Je ne trouve pas de texte qui dise que les lois constitutionnelles sont soumises au Conseil constitutionnel ». 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 constitutionnelle. 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 ». 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 peuple.

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 déférées. 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 » ou encore « l'exercice 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 ». 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... laïque², 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 ».

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 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 ». 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 à 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 puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché ».

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 extensive. Puis, dans un deuxième temps, il en a fait un droit impliqué par les autres droits et libertés que la Constitution garantit et que le législateur a vocation à développer et à protéger. 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.

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 initiaux et contextualisés à la lumière du droit d'aujourd'hui, comme la Cour de Strasbourg le recommande. 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 1946. Les exemples abondent. Ainsi, les droits 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 déraisonnables 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 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 » 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 ». Le parallèle entre l'excès de pouvoir administratif et l'excès de pouvoir législatif étant indéniable, 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-Unis, le Conseil 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 apparentes 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 » du législateur en est une autre, et le contrôle du juge sur l'un 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 poursuivi 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 social, 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 embryons ou de celle qui protège tout au long de sa vie l'anonymat de la mère qui a demandé à accoucher sous X. 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 ». 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 intéressées, ou celle

qui fixe des objectifs qualitatifs 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 évoqué à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'État ». Tombent 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 1er) de la Constitution qui requiert une loi organique en la matière, 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 spécial. De même, il y a vice de procédure lorsque la loi de finances comporte des cavaliers budgétaires, ou la loi de financement de la sécurité sociale des cavaliers sociaux, 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 d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». 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 Ier de la loi n'est *manifestement* contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 ». 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 ».

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 infaillible. 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 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 » .

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, 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 ». 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 ». 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 ²proportionnalité² 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 ». Cette dernière jurisprudence qui a pu paraître un temps mise en cause, suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, a en définitive été maintenue.

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 ». 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 peut conduire à une privation totale de liberté, ou si elle a une portée générale ».

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 ». 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 ». 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. A quel titre aurait-il « le redoutable honneur », comme disait Georges Vedel, de contrôler l'appréciation que le législateur a fait dudit principe et prétendre que la sienne est la meilleure ? Cette énigme n'est pas propre au constitutionalisme 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'adosée 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 » 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'expression ou au droit de propriété. Mais la situation pourrait évoluer à la faveur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, en matière de validations, après avoir exigé un intérêt général suffisant, le Conseil constitutionnel a requis un intérêt général impérieux 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 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 ? ».

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 annulée soit demander une nouvelle lecture au Parlement.

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 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.

A 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 Gouvernement. 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 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 ». Cette jurisprudence a été réitérée en 1988 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 lourdes. 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 ». 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 ». Bien 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. A 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 » – parlent 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 ». 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.

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 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 » , affirmation que le rapporteur, François Goguel, avait résumé 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 ».

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 condamnations 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 décision. A 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, l