

# LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS ET LE POUVOIR CONSTITUANT

Pierre Esplugas

*Maître de conférences de droit public à l'Université  
des sciences sociales de Toulouse I*

La question des rapports entre le Conseil constitutionnel français et le pouvoir constituant paraît a priori devoir être résolue de manière simple : le Conseil constitutionnel est un pouvoir *constitué* et la volonté du pouvoir *constituant* s'impose donc logiquement à lui.

Cette conception est particulièrement nette en droit français où l'hostilité au gouvernement des juges, dans un pays marqué par la tradition rousseauiste de « la loi expression de la volonté générale », reste très forte. En cela, la doctrine du Conseil constitutionnel, notamment synthétisée par le doyen Vedel, est que, en théorie, il n'invoque comme principes que ceux puisés expressément dans un texte constitutionnel contrairement, par exemple, à la Cour suprême américaine ou à la Cour constitutionnelle allemande qui n'hésitent pas parfois à créer des principes résultant de leur propre philosophie ou morale.

Ainsi, le Conseil constitutionnel tend à interpréter sa compétence de manière stricte en affirmant qu'il n'exerce qu'une *compétence d'attribution* telle que dévolue par la Constitution. Deux exemples significatifs peuvent être donnés.

D'une part, il ne contrôle pas, depuis 1962, les lois référendaires parce qu'elles constituent « l'expression directe de la souveraineté nationale »<sup>1</sup>. Cette position a été réitérée en 1992 à propos de la loi référendaire autorisant la ratification du traité dit de Maastricht<sup>2</sup>.

Si, en 1962, cette jurisprudence peut se comprendre dans la mesure où était en cause une loi référendaire *constitutionnelle*, qu'il n'appartenait effectivement pas au Conseil de contrôler, elle devient plus discutable en 1992 dès l'instant où était en cause une *loi ordinaire*. Or, l'article 61 de la Constitution, qui précise le champ de la compétence du

---

<sup>1</sup> déc. n° 61-20 DC, 6 nov. 1962

<sup>2</sup> déc. n° 93-313 DC, 23 sept. 1992

Conseil constitutionnel, parle de « lois », définies en fonction de leur nature, ordinaires ou organiques, mais non de leur origine, parlementaire ou référendaire. Le Conseil constitutionnel aurait donc très bien pu retenir sa compétence, comme l'ont fait, d'ailleurs, la Cour suprême américaine ou la Cour constitutionnelle italienne qui n'hésitent pas à contrôler les lois adoptées par référendum sur la forme et même le fond.

D'autre part, plus décisive encore au regard du thème général du colloque sur « Le pouvoir constituant », est la décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003. Le Conseil constitutionnel s'est reconnu incompétent à l'égard d'une loi constitutionnelle, celle relative à l'organisation décentralisée de la République. Les auteurs de la saisine estimaient que cette loi méconnaissait l'article 89 de la Constitution selon lequel « la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision ». Or, notamment en reconnaissant un droit de dérogation législative à titre expérimental pour les collectivités territoriales qui en font la demande, cette révision méconnaîtrait cette forme républicaine du gouvernement qui ne pourrait être qu'indivisible. Sagement, le Conseil a estimé qu'il ne disposait que d'une compétence d'attribution ce qui excluait le contrôle d'une loi constitutionnelle. L'acceptation d'une telle compétence l'aurait, en effet, conduit à contrôler le pouvoir constituant. Cette hypothèse aurait engagé le Conseil dans la voie du gouvernement des juges et aurait ainsi fragilisé sa légitimité.

Cependant, cette présentation idyllique d'un Conseil constitutionnel absolument respectueux du constituant ne correspond certainement pas à la réalité. Le professeur Michel Troper a pu montrer, mieux que quiconque, que l'interprétation de la Constitution n'était pas neutre et pouvait conduire tout juge constitutionnel à se substituer au pouvoir constituant<sup>3</sup>.

Ceci se vérifie évidemment pour le Conseil constitutionnel français : des exemples peuvent être ainsi donnés où il se comporte effectivement en constituant. Néanmoins, même si cette démarche n'est pas pleinement satisfaisante pour la logique juridique, ou tout simplement

---

<sup>3</sup> V. *supra* et *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994 ; *Droit constitutionnel*, avec F. Hamon, LGDJ, 2005, p. 60 ; V. aussi : F. Mélin-Soucramanien, Dir., *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005

pour l'entendement, l'idée directrice de ce rapport est d'essayer de montrer que cela n'est pas nécessairement choquant ou problématique.

Trois hypothèses où le Conseil se comporte en constituant doivent être retenues : il crée des normes de référence (I), il crée des procédures non prévues par la Constitution (II) et il peut la méconnaître au fond (III).

### **I. Le Conseil constitutionnel créé des normes de références**

Il est usuel d'affirmer que le Conseil constitutionnel s'en tient strictement aux principes, règles ou dispositions formulés dans un texte appartenant au « bloc de constitutionnalité ». Cependant, cette idée ne se vérifie pas lorsque le Conseil a recours à la catégorie des « principes à valeur constitutionnelle ». Par exemple, le principe de continuité de service public, considéré comme un « principe à valeur constitutionnelle » par la décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 n'apparaît nulle part expressément dans un texte du bloc de constitutionnalité (même si les articles 5 et 16 de la Constitution évoquent, à propos des pouvoirs du chef de l'Etat, la nécessité d'assurer le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics »). Pourtant, peut-on discuter sérieusement du caractère constitutionnel de ce principe ? La Constitution est le statut juridique de l'Etat et nier la nature constitutionnelle de la continuité du service public, c'est nier la continuité de l'Etat et donc nier la Constitution.

Un exemple similaire peut être donné avec le principe à valeur constitutionnelle de « clarté de la loi »<sup>4</sup>. Même si le Conseil constitutionnel tente de déduire ce principe de l'article 34 de la Constitution, il n'en reste pas moins que ce principe n'est pas directement formulé par un quelconque texte constitutionnel. A l'heure où, pour reprendre la terminologie du Conseil d'Etat<sup>5</sup>, la loi est inutilement « bavarde » et complexe, faut-il s'émouvoir de ce que le Conseil constitutionnel exige de la loi qu'elle soit « claire » ?

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a parfois recours à la catégorie des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». La difficulté est que le Conseil est largement maître de la dé-

<sup>4</sup> déc. n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002

<sup>5</sup> rapport public annuel de 1991 et 2006

couverte de ces principes étant donné leur plasticité. En cela, il fait sans doute, c'est vrai, œuvre de constituant.

Cependant, il est un fait que cette catégorie existe et ne pas l'utiliser méconnaîtrait la volonté du constituant. On doit ajouter que la « découverte » de ces principes n'est pas entièrement discrétionnaire et obéit à des critères posés par la décision du n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 selon lesquels le principe en cause doit notamment, pour accéder au rang de « fondamental reconnu par les lois de la République », être suffisamment général (« fondamental »), avoir été consacré par une « loi » de la « République » et être constant (c'est-à-dire ne pas connaître d'exceptions). En outre, compte tenu de la souplesse que procure cette norme, le Conseil constitutionnel n'en a pas pour autant abusé et a consacré, depuis 1958, un nombre finalement limité de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (neuf).

Le Conseil constitutionnel a pu également être amené à créer des normes de référence à partir de la notion de « liberté ». Celle-ci est définie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme consistant « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». De cette formulation très générale, le Conseil va déduire la *liberté d'entreprendre*<sup>6</sup>. Cependant, les travaux du professeur Jean-Louis Mestre ont pu montrer qu'il résultait des débats devant l'Assemblée constituante que les constituants de 1789 avaient bien compris la liberté comme incluant la liberté d'entreprendre<sup>7</sup>.

A propos de la liberté, le Conseil procède à un glissement en passant de la *liberté individuelle* évoquée par l'article 66 de la Constitution de 1958 à la *liberté personnelle* entendue comme incluant, en particulier, le respect de la vie privée, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances, la liberté d'aller et de venir<sup>8</sup> ou la liberté du mariage<sup>9</sup>.

Cette notion de liberté personnelle, qui n'apparaît nulle part explicitement dans un texte de valeur constitutionnelle, a pour avantage

---

<sup>6</sup> déc. n° 81-132 DC, 16 janv. 1982

<sup>7</sup> D. 1984, chron. p.1

<sup>8</sup> déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004

<sup>9</sup> déc. n° 2003-484 DC, 20 nov. 2003

d'être plus fonctionnelle et de permettre une meilleure garantie des droits en étant plus large que la liberté individuelle et sous l'autorité d'un juge qui n'est pas nécessairement le juge judiciaire comme pour la liberté individuelle<sup>10</sup>.

Enfin, le Conseil constitutionnel peut être amené nécessairement à faire œuvre de constituant en palliant les défaillances du constituant. Cette démarche s'appliquera à l'interprétation que sera conduit à faire le Conseil de la Charte de l'environnement telle qu'insérée dans le Préambule de la Constitution de 1958 par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005. Cette Charte consacre un ensemble de principes très généraux comme le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé (art. 1<sup>er</sup>), le devoir de toute personne de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement (art. 2), le principe de précaution (art. 5), l'exigence d'intégration du développement durable dans l'ensemble des politiques publiques (art. 6) ou encore l'exigence que l'éducation et la formation à l'environnement (art. 8) ainsi que la recherche et l'innovation (art. 9) apportent leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

Ce texte répond certes à une inspiration généreuse mais consacre des droits dont le sens est flou et la normativité incertaine (même si le constituant prend soin de renvoyer au législateur, aussi bien dans certaines dispositions de la Charte que dans l'article 34 de la Constitution, la compétence de mettre en œuvre ces droits). Il appartiendra au Conseil constitutionnel (lorsqu'il en aura l'occasion car, pour l'heure, il y a bien eu des décisions ayant appliqué cette Charte mais pas de « grandes » décisions) de préciser leur applicabilité. D'ores et déjà, le Conseil d'État a, dans ses premières décisions<sup>11</sup>, considéré que des dispositions de la Charte n'avaient d'effet juridique que si elles étaient mises en œuvre par une loi. Ce pouvoir reconnu aux juges est peut-être regrettable mais il revenait au pouvoir constituant, et, de fait, à la commission Coppens qui a conçu ce texte, de prendre ses responsabilités en rédigeant la Charte plus fermement.

---

<sup>10</sup> V. H. Roussillon, X. Bioy, Dir, *La liberté personnelle, une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006

<sup>11</sup> CE, 6 avril 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux (LPO)*, et 19 juin 2006, *Association Eau et Rivières de Bretagne*

## II. Le Conseil constitutionnel créé des procédures non prévues par la Constitution

Les procédures de contrôle de constitutionnalité sont définies, de manière assez laconique, par l'article 61 de la Constitution et l'ordonnance organique du 7 novembre 1958. Ce laconisme a conduit le Conseil, à prendre, nécessairement, et en marge des textes, des initiatives afin d'organiser son fonctionnement et ses méthodes de travail.

Cela concerne en particulier le caractère contradictoire de la procédure qui n'était pas prévu à l'origine. Ainsi, par exemple, le Conseil a pu formaliser l'échange de mémoires entre les parlementaires et le secrétariat général du gouvernement, et même autoriser que des tiers à la procédure de contrôle s'engouffrent dans les fameuses « portes étroites », c'est-à-dire que des personnes intéressées à une loi soient auditionnées par le Conseil ou certains de ses membres<sup>12</sup>. Ces innovations sont très audacieuses dans la mesure où l'économie du système de contrôle de constitutionnalité est d'être objectif et de juger sur pièces en excluant les personnes. Pourtant, l'amélioration du caractère contradictoire de la procédure doit être jugée de manière positive en alignant le système français sur le standard des cours constitutionnelles européennes.

En outre, l'article 61 de la Constitution institue sans ambiguïté un système *préventif* de contrôle de constitutionnalité des lois. Pourtant, par une jurisprudence n° 85-185 DC du 25 janvier 1985 *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, le Conseil constitutionnel ouvre une possibilité de contrôle d'une loi déjà promulguée. Il se réserve en effet le droit de contrôler une loi ancienne à l'occasion de l'examen d'une loi qui modifie, affecte ou complète cette loi antérieure.

Cette jurisprudence méconnaît donc l'article 61 de la Constitution selon lequel les lois sont déférées au Conseil « avant leur promulgation ». Elle est, de plus, contestable compte tenu des conséquences incertaines qui s'attachent au statut de la loi ancienne : tout en étant déclarée inconstitutionnelle, celle-ci est toujours en vigueur faute d'abrogation officielle par le Parlement. Toutefois, le Conseil reste ex-

---

<sup>12</sup> Décisions n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 sur les nationalisations et n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 à propos de la loi dite Perben II portant adaptation de la justice à la criminalité

trêmement prudent dans ses censures a posteriori (à ce jour, une seule censure de ce type : déc. n° 99-410 DC, 15 mars 1999), peut-être précisément compte tenu des incertitudes à propos de l'effet de ses décisions<sup>13</sup>.

Par ailleurs, la technique des réserves d'interprétation est devenue habituelle. Pourtant, la Constitution et l'ordonnance organique n'évoquent que deux types de décisions : celle comportant déclaration de conformité et celle comportant déclaration de non conformité, et non celle comportant des réserves d'interprétation.

Cependant, cette technique est aujourd'hui communément admise au moins parce qu'elle se veut respectueuse du législateur en évitant sa censure même si elle aboutit, en fait, à réécrire la loi.

Enfin, le Conseil constitutionnel tient une compétence de l'article 58 de la Constitution au terme duquel il « veille à la régularité de l'élection du Président de la République ». La mise en œuvre de cette compétence a soulevé des difficultés concernant la publication des candidats à l'élection présidentielle : le Conseil constitutionnel est allé ouvertement, en l'espèce, au-delà de ce que prévoient les textes. L'article 3-I de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962, tel qu'il a été complété par la loi organique n° 76-528 du 18 juin 1976, prévoit en effet que le nom et la qualité des citoyens qui ont proposé les candidats inscrits sur la liste sont rendus publics par le Conseil constitutionnel, *dans la limite du nombre requis pour la validité de la candidature*, soit aujourd'hui 500. Pourtant, pour les élections présidentielles de 1988, 1995 et 2002, le Conseil constitutionnel a procédé, à titre d'information, à l'affichage, certes temporaire et bref, dans ses locaux, de la liste *intégrale* des citoyens ayant régulièrement présenté un candidat. Cette pratique, audacieuse, était justifiée par la volonté de mieux assurer l'égalité entre les élus qui présentent un candidat ainsi que la transparence de la vie démocratique.

Cependant, par le vote de loi organique n° 2006-404 du 5 avril 2006, le Parlement n'a pas suivi les différentes observations formulées par le Conseil constitutionnel à la suite des élections présidentielles concer-

---

<sup>13</sup> Sur cette question, V. Ph. Blacher, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, p. 17

nées et a maintenu l'interdiction faite par la loi du 6 novembre 1962 de rendre publiques plus de 500 présentations par candidat. Le Conseil a donc décidé, à partir de l'élection présidentielle de 2007, de s'en tenir à la diffusion de 500 noms de présentateurs tirés au sort. Cette expérience intéressante montre donc l'existence d'un dialogue entre le Parlement et le Conseil constitutionnel avec, au terme de celui-ci, selon l'image classique du doyen Vedel, un « dernier mot » qui revient à l'autorité compétente, ici le législateur.

### III. Le Conseil constitutionnel méconnaît au fond la Constitution

L'exemple le plus flagrant peut être tiré de la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987 dite « Amendement Seguin ». Cette décision conduit à valider la pratique du vote de la loi par procuration. Pourtant, l'article 27 de la Constitution est clair : « Le droit de vote des membres du Parlement est personnel », ce qui exclut donc le vote par procuration. La décision du Conseil, qui méconnaît ainsi ouvertement la Constitution, est-elle pour autant scandaleuse ?

Il ne nous le semble pas. La procédure législative constitue ce que le doyen Vedel appelait la « chambre des époux », c'est-à-dire un lieu où un tiers, ici le juge constitutionnel, n'a pas à regarder ce que font les époux, ici le Gouvernement et le Parlement. Si parlementaires et Gouvernement sont d'accord pour pratiquer ou admettre le vote par procuration, le Conseil constitutionnel ferait plutôt preuve d'excès de zèle en censurant ce procédé.

Par ailleurs, l'article 66 de la Constitution dispose que « l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle. » Ce principe semble induire que toute mesure restrictive de la liberté individuelle doit se faire sous la protection de *l'autorité judiciaire*. Au contraire, dans une décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, le Conseil considère qu'une décision administrative de reconduction à la frontière d'un étranger ne porte pas atteinte à l'article 66 de la Constitution au motif qu'elle peut donner lieu à un recours juridictionnel devant le *tribunal administratif*. Si le Conseil constitutionnel avait appliqué littéralement l'article 66, il aurait dû invalider la loi en cause.

Toutefois, on peut faire observer que l'esprit de la Constitution n'exige pas tant l'intervention de l'autorité judiciaire, à l'exclusion de toute autre, que l'existence de garanties juridictionnelles. Ainsi,

l'essentiel est que le Conseil s'attache à l'existence d'un recours juridictionnel quel que soit le juge devant qui est porté ce recours.

Enfin, une des grandes innovations de la Constitution de 1958 est qu'elle établit une ligne de partage claire entre la compétence d'attribution de la loi définie à l'article 34 et la compétence de principe du règlement définie à l'article 37. Au contraire, la jurisprudence du Conseil a pendant longtemps été systématiquement favorable au législateur au mépris des dispositions des articles 34 et 37. En effet, l'article 34 établissait une distinction entre les matières où « la loi fixe les règles » et celles où « la loi détermine les principes fondamentaux » sans que le Conseil constitutionnel n'en tienne jamais compte.

Mieux encore : la décision connue n° 82-143 DC du 30 juillet 1982 *Blocage des prix et des revenus* ne censure pas une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi. La conséquence est que le législateur peut ouvertement violer à l'article 34. On peut en effet comprendre que, dans la tradition légicentriste, la loi desserre le corset constitutionnel et pénètre dans le domaine réglementaire, ce d'autant plus que le gouvernement dispose toujours de la faculté de faire respecter son champ de compétence par le biais d'autres dispositions constitutionnelles (art. 37, al. 2 C. ; art. 41 C.).

Toutefois, on doit observer que, par une décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 *Loi dite Fillon pour l'avenir de l'école*, le Conseil est revenu récemment à une lecture plus littérale de l'article 34 en relevant que des dispositions législatives étaient bien du domaine du règlement sans pour autant, curieusement, les censurer.

En conclusion, ces exemples, qui pourraient être multipliés, montrent qu'effectivement le Conseil constitutionnel français se comporte en co-constituant. Nous avons essayé de justifier que, pour autant, les solutions dégagées n'étaient pas choquantes et pouvaient être, en terme de politique jurisprudentielle, justifiées.

Cependant, comme l'idée selon laquelle que le juge constitutionnel fasse œuvre de constituant demeure difficilement acceptable du point de vue de la logique juridique, une porte de sortie pourrait être, comme il existe un dialogue des juges, un *dialogue* entre Conseil constitutionnel et pouvoir constituant. Cela a pu se produire, par exemple, en 1993, à propos du droit d'asile ou, en 1999, à propos de la parité entre

les femmes et les hommes en politique : dans ces cas d'espèce, le Conseil a été amené à faire prendre au constituant ses responsabilités pour qu'il engage une révision de la Constitution. Cela n'a pas toujours été le cas : par exemple, dans sa décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, il a jugé que l'affirmation par le traité constitutionnel européen du principe de primauté du droit communautaire, qui s'applique, selon la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, aux normes de valeur constitutionnelle, ne nécessitait pas une révision de la constitution, ce qui était pour le moins discutable.

C'est donc par ce dialogue entre Conseil constitutionnel et pouvoir constituant que pourront être conciliés théorie juridique et réalisme jurisprudentiel.