



COLLOQUE DU CINQUANTENAIRE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

-3 Novembre 2008-

“ LES DECISIONS CREATRICES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ”

Communication de M. Bertrand MATHIEU

Professeur à l'Université de Paris I

Directeur du Centre de recherche de droit constitutionnel

Le Conseil constitutionnel créateur du droit ! La formule eut pu sembler iconoclaste lorsqu'il y a cinquante ans le Conseil constitutionnel était créé, essentiellement pour protéger le domaine de compétence du Gouvernement.

Pourtant l'objet de ces propos n'est pas de s'interroger ni sur le pouvoir créateur du juge, ni sur la question, aujourd'hui obsolète, de savoir si le Conseil constitutionnel est un juge, alors même que c'est à ce sujet que Marcel Waline en 1975 consacre les premières pages de sa préface à la première édition des Grandes décisions du Conseil constitutionnel.

Relevons seulement que le chemin parcouru de 1959 à 2008 témoigne incontestablement d'une remarquable action créatrice du Conseil constitutionnel. La jurisprudence du Conseil constitutionnel couvre aujourd'hui tout le champ du droit, le droit parlementaire, le droit administratif, le droit fiscal, le droit civil, le droit économique, le droit du travail... et cette litanie pourrait être poursuivie. Si l'on met en perspective la brièveté du texte constitutionnel et le caractère ancien de ses dispositions relatives aux droits et libertés

fondamentaux avec la richesse des quelques 569 décisions consacrées au contrôle de constitutionnalité des lois et des traités, la créativité est remarquable.

Si les rédacteurs de la Constitution de 1958 ne pouvaient tout prévoir, et notamment la montée en puissance de la justice constitutionnelle, leur grand mérite a été d'offrir à la France une Constitution à la fois efficace et souple. Efficace sur le plan de la stabilité politique et institutionnelle, cette Constitution au prix de quelques adaptations a permis l'acclimatation en France du contrôle de constitutionnalité, pourtant très largement étranger à la culture politique et juridique française.

Créateur le Conseil constitutionnel l'a été incontestablement. Cependant il a su concilier la prudence et l'audace. La prudence était nécessaire pour se faire accepter tant du pouvoir politique que des autres juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif... surtout. L'audace était la condition de la constitution d'un véritable corpus constitutionnel propre à s'imposer dans l'ordre juridique.

Censeur de la loi, le Conseil devait affirmer sa légitimité, il le fait non seulement, en subordonnant la légitimité de la loi à sa conformité à la Constitution (décision 85-197 DC), mais aussi en ancrant scrupuleusement, à quelques rares exception près, son système normatif de référence dans le texte constitutionnel. Contrairement à d'autres juges qui considèrent que la Constitution, ou la norme conventionnelle est plus un texte attributif de compétence, qu'un texte substantiel, le Conseil constitutionnel n'ajoute pas à la Constitution, mais il fait parler la Constitution. D'un texte ancien, sibyllin et doté d'une faible cohérence interne, il tire des principes et des normes qui régissent les questions d'aujourd'hui. Si l'on admet comme l'affirmait le Doyen Vedel qu'il n'y a pas de vide constitutionnel, le pouvoir créateur du juge constitutionnel consiste à donner un sens et une portée concrète à tout ce que proclame la Constitution. Cette tâche est d'autant plus difficile qu'elle doit éviter tant le piège du fondamentalisme que la tentation de l'invention. Par ailleurs, la fonction créatrice du juge constitutionnel, même inscrite dans ses bornes est concurrencée par celle d'autres juridictions, pas tant les juridictions nationales qui doivent laisser au Conseil constitutionnel sinon le monopole, du moins la prééminence, dans l'interprétation de la Constitution, mais par les juridictions internationales, et notamment européennes. Le domaine des droits et libertés fondamentaux, dans lequel évoluent au premier chef tant les juridictions constitutionnelles nationales que les juridictions européennes, s'ouvre parfois à une créativité non toujours maîtrisée. Le « toujours plus » n'est pas, de manière évidente, l'instrument le plus adéquat de

protection de ces droits et libertés. La créativité ne peut pas nécessairement se mesurer à l'inventivité. Là encore le Conseil a su, le plus souvent trouver le juste chemin entre le suivisme ou la surenchère et une ignorance improductive à l'heure de l'interpénétration des systèmes juridiques.

Les décisions créatrices sont de grandes décisions, toutes les grandes décisions ne sont pas des décisions créatrices. Il ya des décisions qui ont un grand retentissement politique ou médiatique, mais le plus souvent ce n'est pas la décision juridique, mais l'enjeu politique de cette décision qui lui donne ce retentissement. Mais la distinction n'est pas toujours aisée à établir. Ainsi la décision de 1982 sur les nationalisations, comme celle de 1986 sur les privatisations, portent un enjeu politique essentiel, quelle est la marge de manœuvre économique d'une nouvelles majorité, la Constitution permet t-elle une conception socialiste ou totalement libérale de la propriété des moyens de production ? Le Conseil constitutionnel sait qu'il joue sa crédibilité et peut être plus encore sur de telles questions. Pourtant la réponse est d'abord juridique, elle repose sur une détermination de la portée du droit de propriété et une articulation entre les textes de 1789 et de 1946. De ce point de vue, les décisions créatrices du Conseil le sont d'abord par la construction juridique à laquelle elles obéissent. Le Conseil est créateur de droit, dans le cadre et les limites évoquées, il n'est pas l'auteur de choix politiques. Alors même que la frontière n'est pas toujours facile à tracer la formule employée par le Conseil selon laquelle il ne possède pas un pouvoir de décision identique à celui du Parlement, l'utilisation du principe de proportionnalité combinée à la technique de l'erreur manifeste d'appréciation, témoignent de la volonté du Conseil de rester sur le terrain juridique.

Le critère qui conduit à reconnaître des décisions créatrices est cependant assez proche de celui qui conduit à définir les grandes décisions dans les termes retenus par René Cassin et Marcel Waline, en 1952, dans leur préface à la première édition des Grands arrêts du Conseil d'Etat : « Ce sont ceux qui ont déterminé un progrès, une évolution ou un revirement de jurisprudence durable sur un point important ou au moins notable ».

On pourrait multiplier à l'envie les typologies applicables aux décisions considérées comme créatrices. Toutes sont plus ou moins arbitraires, la dimension nécessairement réduite du choix dans le cadre d'une telle intervention renfonçant nécessairement ce caractère.

L'option retenue, qui structurera cet exposé, consistera à décliner quelques unes de ces décisions créatrices autour de trois thèmes dans lesquels s'est manifesté le pouvoir créateur du

juge constitutionnel : la détermination par le Conseil du cadre de ses compétences et de ses pouvoirs, l'organisation de la séparation des pouvoirs et la protection des droits et libertés fondamentaux.

La place réservée aux droits et libertés fondamentaux ne rend pas justice à l'équilibre, au moins quantitatif, qui résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce choix a priori arbitraire et paradoxal, alors que le cœur de la jurisprudence du Conseil consiste justement en la protection de ces droits et libertés, tient au fait qu'il s'agit d'un acquis peu controversé, alors que d'autres questions, qui ne sont d'ailleurs pas indifférentes à la protection de ces mêmes droits et libertés, restent au cœur du débat.

I-La détermination par le Conseil du cadre de ses compétences et de ses pouvoirs

Très rapidement, le Conseil a été conduit à affirmer l'autorité de ses décisions afin d'asseoir sa position tant sur le terrain politique que sur le terrain juridique. Dans le même temps, la réforme constitutionnelle de 1962 a nécessité une prise de position claire sur le champ de sa compétence au regard, notamment, du principe démocratique. Enfin, confronté au développement des normes internationales, notamment européennes, le Conseil a pris en 1975 une position de principe sur la compétence juridictionnelle en matière de contrôle de conventionalité.

1-La décision du 16 janvier 1962 (18L), Loi d'orientation agricole, l'enjeu de l'autorité des décisions du Conseil

Par cette décision, le Conseil constitutionnel est appelé, pour la première fois, à apprécier la portée de l'article 62 C selon lequel « Les décisions du Conseil constitutionnel... s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Le Conseil précise dans cette décision que cette autorité s'attache non seulement au dispositif des décisions, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et qui en constituent le fondement même. Puis le Conseil a précisé que l'autorité de la chose jugée s'applique également aux dispositions qui, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions déclarées inconstitutionnelles (Décis. 89-258 DC). Il n'en reste pas moins que pour plus de sureté et d'efficacité le Conseil prendra l'habitude d'inscrire les réserves d'interprétation, auxquelles il attache une importance particulière, dans le dispositif même de la décision.

En fait, le Conseil ne précise pas dans cette décision qu'il s'agit d'une autorité de chose jugée. Il faudra attendre la décision du 20 juillet 1988 (décision 88-244 DC) pour que le Conseil précise que cette autorité est celle de la chose jugée. On comprend bien les enjeux de cette formulation alors que le débat porte encore sur la nature juridictionnelle du Conseil, ainsi qu'en témoigne, rappelons le, la préface de Marcel Waline à la première édition des Grandes décisions du Conseil constitutionnel en 1975. Ainsi au delà d'une interprétation nécessaire du champ de l'autorité que revêtent ses décisions, le Conseil précise la nature de cette autorité, prenant en quelque sorte parti dans le débat doctrinal relatif à sa propre nature.

Cette affirmation, que l'on peut juger créatrice car elle apporte à l'autorité des décisions du Conseil une qualification que la Constitution ne lui reconnaît pas, peut paraître trop restrictive. En effet l'article 62 C pourrait être interprété comme étendant également l'autorité de ses décisions à la chose interprétée. D'une part le Conseil constitutionnel a pour mission d'interpréter la Constitution dans le cadre des compétences que lui attribue la Constitution d'autre part on conçoit mal que cette autorité soit de fait reconnue aux décisions de la cour européenne des droit de l'homme sans véritable support textuel et non à celle du Conseil constitutionnel. Cette question ne manquera pas de ressurgir dans le cadre de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité. En effet la sécurité juridique, comme la régulation de ce nouveau mécanisme de contrôle, imposent, me semble t-il, que les juridictions judiciaires comme les juridictions administratives reconnaissent aux décisions du Conseil l'autorité spécifique de l'article 62 concernant l'interprétation de la norme constitutionnelle. C'est ainsi à une nouvelle décision créatrice qu'il en est appelé.

2-La décision du 6 novembre 1962 (62-20 DC) Loi référendaire, l'enjeu du respect de la souveraineté du Peuple

C'est dans un contexte politique difficile que le Conseil constitutionnel est saisi de la loi constitutionnelle adoptée selon la procédure référendaire de l'article 11C et relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. À trente ans de distance, le Conseil a réaffirmé, à quelques nuances près, sa position, s'agissant d'une loi référendaire dont l'objet n'était pas constitutionnel (92-313 DC).

En considérant qu'il ne peut contrôler les lois qui sont l'expression directe de la souveraineté nationale, le Conseil fixe de manière créatrice à la fois les limites de sa compétence et le sens du contrôle de constitutionnalité.

Le Conseil valide ainsi l'analyse selon laquelle il existe une différence de nature entre le Parlement législateur et le Peuple législateur. L'intervention du Peuple, organe souverain, dans le domaine législatif, est un exercice de sa puissance souveraine. C'est pourquoi la constitutionnalité de la loi référendaire ne peut être contrôlée. Le Peuple peut ainsi violer la Constitution, sans que cette violation soit susceptible d'être sanctionnée. Le seul contrôle possible est un contrôle du projet et de la proposition. Ainsi la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a-t-elle pu prévoir un contrôle des propositions référendaires d'imitative mixte (parlementaire et populaire). Lorsqu'il modifie la Constitution par la voie de l'article 11, directement (en la révisant) ou indirectement (en la violant), le Peuple fait acte de souveraineté et œuvre de constituant. En revanche, lorsqu'il adopte une loi, conformément à la procédure et au domaine de compétence de l'article 11 et dans le respect des principes constitutionnels, il fait œuvre de législateur ordinaire. Ce qui explique que la loi ordinaire adoptée par référendum puisse être modifiée, mais cette fois dans le strict respect de la Constitution et sous le contrôle éventuel du Conseil constitutionnel, par le Parlement législateur (cf. décision 89-266 DC du 9 janvier 1990).

Cette analyse laissait ouverte la question du contrôle de constitutionnalité des lois parlementaires de révision constitutionnelle. Dans sa décision 92-312 DC, le Conseil a rappelé que le pouvoir constituant est souverain, et, à la fois, qu'il existe des bornes au pouvoir de révision de la Constitution tenant notamment au respect de la forme républicaine du gouvernement. Si le Conseil n'a jamais considéré qu'il était compétent pour s'ériger en gardien de ces prescriptions, bien au contraire (décision 2003-469 DC,) la question reste entrouverte. Certes l'on peut craindre de laisser les droits et libertés constitutionnellement reconnus à la merci d'une majorité parlementaire, aussi large fut-elle. Pourtant d'autre part, au delà du fait que la Constitution ne distingue pas entre le pouvoir constituant du Peuple et le pouvoir constituant du Parlement, il est à craindre qu'une conception trop extensive de la « forme républicaine du gouvernement » renvoyant en fait à la substance des principes constitutionnels, conduise le juge à s'ériger en gardien et interprète suprême du Livre sacré constitutionnel. En réalité le Conseil pourrait être incité à se poser en gardien de l'orthodoxie européenne, par une interprétation audacieuse de l'article 88-1. Peut-on en démocratie laisser le dernier mot au juge ?

3-La décision de 1975 (54 DC), IVG, Le transfert du contrôle de conventionalité au juge ordinaire

A partir du moment où la Constitution pose la règle selon laquelle les traités ou accord régulièrement ratifié ont, sous réserve du respect de l'exigence de réciprocité, une valeur supérieure à celle des lois, la question pouvait se poser de savoir si cette formule ne conduisait pas à intégrer le contrôle de conventionalité dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. La réponse négative donnée par le Conseil en 1975, et donc son déclinatoire de compétence, constituent une décision créatrice. D'une part elle implique de considérer qu'une loi inconstitutionnelle n'est pas de ce seul fait contraire à la Constitution. D'autre part, et surtout, elle modifie les lignes de partages de compétences entre les ordres juridictionnels en matière de protection des droits et libertés fondamentaux. Ainsi le juge judiciaire comme le juge administratif vont à la fois retrouver une compétence étendue en matière de protection des droits et libertés, et une compétence pour contrôler a posteriori la loi. Le Conseil constitutionnel va ainsi perdre à la fois la maîtrise des normes internationales et de leur articulation avec les normes constitutionnelles et l'exclusivité du contrôle de la loi.

Cette position est fragile en son principe, elle est en opportunité justifiée, elle est assez largement érodée.

Du premier de ces points de vue, retenons seulement que l'un des arguments invoqués par le Conseil en 1975, la condition tenant au respect de l'exigence de réciprocité, ne vaut ni pour les conventions relatives aux droits et libertés, ni pour le droit communautaire. Du second de ces points de vue les délais impartis au Conseil pour se prononcer ne permettent ni le renvoi d'une question préjudicielle à une juridiction européenne, ni la maîtrise de l'ensemble des normes internationales pertinentes.

Cependant, ce contrôle de conventionalité innervé aujourd'hui la jurisprudence du Conseil constitutionnel de manière plus ou moins masquée. D'une part le Conseil interprète souvent les normes constitutionnelles de manière conforme au sens donné aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge de Strasbourg. Il en est ainsi par exemple s'agissant de la formulation constitutionnelle du droit à un procès équitable (décision 2005-510 DC) ou s'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois de validation (décision 99-422 DC), de la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe du respect de la vie privée (décision 99-419 DC)...

Par ailleurs, le Conseil a, dans sa décision 2000-440 DC, estimé que la mise en œuvre

du droit communautaire représentait, pour le législateur, un objectif d'intérêt général qui contribue à justifier une dérogation au principe constitutionnel d'égalité.

D'autres exemples, nombreux, pourraient être cités. C'est cependant la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au contrôle des lois de transposition des directives qui, dès les décisions de l'été 2004, fait franchir au Conseil une étape décisive. En effet cette jurisprudence, qui ne permet que de censurer une violation par la loi de transposition d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France (selon la formule retenue dans la décision 2006-543 DC), est réservée aux hypothèses où la disposition législative contestée n'est que l'exacte et nécessaire transposition de la directive communautaire. Ainsi le Conseil est nécessairement conduit à opérer un contrôle préalable de la loi au regard de la directive communautaire.

La question d'un contrôle de la loi au regard du droit communautaire est ouverte par la reconnaissance de la spécificité des relations entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national telle qu'elle ressortit de l'article 88-1.C. Pour le reste si la proposition du Président Debré de confier au Conseil constitutionnel l'entier contrôle de juridicité de la loi (cf. son intervention devant le « Comité Balladur, www.comite-constitutionnel.fr) n'a pas été retenue, il n'en reste pas moins que la réforme de l'exception d'inconstitutionnalité adoptée en juillet 2008 ne manquera pas de conduire à revenir sur cette question. Notamment, confrontés de plus en plus souvent à une application conjointe des normes constitutionnelles et des normes conventionnelles, l'on pourrait imaginer que les juges fassent jouer de manière générale, tantôt au profit de la norme conventionnelle, tantôt au profit de la norme constitutionnelle, la prévalence des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France, appréhendés dans leur signification et leur portée spécifiques.

II-L'intervention du Conseil dans la séparation des pouvoirs

Dès 1980, le Conseil constitutionnel affirme que les organes juridictionnels présentent des caractères qui scellent leur appartenance à un véritable pouvoir. Néanmoins, sa jurisprudence sur la normativité de la loi le conduit, plus de vingt ans plus tard, à affirmer clairement la prééminence du pouvoir normatif du législateur par rapport au juge. Enfin, le Conseil retient une conception très souple de la délimitation du domaine de la loi et du règlement.

1-La décision de 1980 (119 DC), Validations législatives, la reconnaissance implicite du « pouvoir juridictionnel »

La Constitution ne fait pas référence à l'existence d'un pouvoir juridictionnel, pas même d'un pouvoir judiciaire, elle parle seulement de l'autorité judiciaire (art 64). On peut considérer que le Conseil fait œuvre créatrice dans cette décision en consacrant l'existence d'un tel pouvoir, non par sa reconnaissance formelle mais par celle de ses attributs.

Il a en effet considéré qu'” Il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution, en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le gouvernement". Il en a déduit que ni le législateur, ni le gouvernement, ne pouvaient censurer leurs décisions, leur adresser des injonctions ou se substituer à elles dans le jugement des litiges. L'on retrouve ici un certain nombre des éléments qui peuvent caractériser l'existence d'un pouvoir : un organe indépendant, doté d'une mission spécifique, dans laquelle ne peuvent, en principe intervenir les autres pouvoirs. Concernant les juridictions financières, le Conseil constitutionnel a également reconnu leur indépendance dans sa décision 2001-448 DC. L'indépendance de la Cour de justice de la République a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision 93-327 DC du 19 novembre 1993. Il s'agit d'un ordre juridictionnel politique. Quant à celle du Conseil constitutionnel, elle est clairement rappelée dans la décision 2008-566 DC (Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel).

Cette reconnaissance est d'autant plus importante que la véritable séparation des pouvoirs, quoique l'on puisse en penser, semble aujourd'hui essentiellement s'instaurer entre d'une part le pouvoir politique (exécutif et législatif) et d'autre part le pouvoir juridictionnel.

2-La décision de 2005 (512 DC), Avenir de l'école, l'encadrement du pouvoir normatif du juge

En décidant qu'une disposition législative non normative est inconstitutionnelle, le Conseil tranche un débat qui ne pouvait pas ne pas soulever quelques réactions doctrinales au regard des différentes théories relatives à la normativité. Pourtant elle s'inscrit dans une politique jurisprudentielle en faveur de la qualité de la loi et elle est solidement argumentée. le Conseil appuie sa décision sur deux fondements distincts : D'une part la loi doit fixer des

règles, d'autres part ces règles doivent être suffisamment précises et non équivoques. La justification textuelle de cette approche est elle aussi double : Elle tient à la fois à la garantie des droits et à la séparation des pouvoirs (soit, dans les deux cas, au respect de l'article 16 de la déclaration de 1789, auquel s'ajoute le respect du domaine assigné au pouvoir législatif par la Constitution de 1958). La seconde perspective est particulièrement intéressante. Elle découle du constat tenant à ce qu'une législation incertaine ou ambiguë, du fait de sa charge normative faible ou indéterminée, conduit à « 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 ». C'est une position de principe sur la nature de l'activité du juge particulièrement intéressante. Le juge contribue à parfaire la volonté du législateur en s'efforçant de la déterminer dans les cas douteux. En revanche lorsque cette volonté est par trop incertaine, dans sa portée ou dans sa réalité, le juge va bien au-delà de l'interprétation de la volonté du législateur : il substitue sa propre volonté à celle des représentants élus du Peuple. C'est en fait ici que se situe l'enjeu majeur, à la fois politique et juridique, de la sanction de la non normativité de la loi. Elle renvoie à une certaine conception de la démocratie.

3-La décision de 1982 (143 DC), Prix et revenus, la conception souple de la séparation du domaine de la loi et du règlement

Le caractère créateur de cette décision n'apparaît pas à la première analyse. En effet, le Conseil s'inscrit dans une logique qui semblait être celle de nombre des rédacteurs de la Constitution. Cependant en choisissant l'option d'une répartition des compétences entre la loi et le règlement soumise au choix discrétionnaire du gouvernement, le Conseil va faciliter le développement de la production législative et aggraver sa dérive qualitative.

Appelé à sanctionner l'édiction par le législateur d'une règle qui ne relève pas du domaine de la loi, le juge constitutionnel a répondu que « il apparaît ... que par les articles 34 et 37, al. 2, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 41 et 37 al 2, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi ». Ainsi le Gouvernement est le seul maître du respect de ses compétences. Cet empiètement continu du législateur dans le domaine réglementaire avec l'accord, plus souvent même à l'initiative du gouvernement,

s'explique par de nombreux facteurs. Ils tiennent notamment à une faible résistance du gouvernement (et des parlementaires) face à des groupes de pression qui pour des raisons d'effet d'affichage ou de sécurité contentieuse, insisteront pour voir leurs revendications traduites en normes législatives, quel que soit le domaine de compétence dont elles relèvent. Par ailleurs, la réglementation par voie législative offre un certain nombre de commodités. Il est plus facile de traiter dans un seul texte l'ensemble d'une question, dans ses aspects essentiels comme dans le moindre de ses détails.

Cependant le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la qualité de la loi pourrait conduire à infléchir cette jurisprudence. En effet, si une séparation rigoureuse des compétences législatives et des compétences réglementaires est pratiquement impossible et peut être dangereuse pour l'intelligibilité de la loi, l'on pourrait imaginer que le Conseil constitutionnel tout en maintenant le principe selon lequel le législateur peut intervenir dans le domaine réglementaire, sans commettre d'inconstitutionnalité, encadre cette intervention. Il pourrait ainsi exiger que les dispositions de nature réglementaire contenues dans la loi ne soient pas sans lien direct avec les dispositions législatives adoptées et soient nécessaires à l'exercice par le législateur de sa compétence ou à l'intelligibilité de la loi. Dans cette hypothèse, ce n'est pas l'empiétement du législateur sur le domaine réglementaire qui serait, en lui même, sanctionné, mais les conséquences de cet empiétement en termes de sécurité juridique, sur le fondement de la violation de l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi.

Dans la décision 2005-512DC du 22 avril 2005, le Conseil explore une nouvelle voie. Il choisit non pas de censurer les dispositions réglementaires contenues dans une loi, mais de les « déclasser », c'est à dire à reconnaître leur nature réglementaire. En fait, un tel déclassement augmente paradoxalement les facilités que s'accorde déjà le gouvernement en profitant des commodités de la procédure législative.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 prive d'ailleurs de son soutien une partie du raisonnement conduit par le Conseil dans sa décision de 1982, la séparation entre le domaine de la loi et du règlement ne peut plus se lire exclusivement au travers de la faculté donnée au gouvernement de protéger son champ de compétence, puisque cette prérogative appartient dorénavant, dans le cadre de l'article 41C, également aux Présidents des Assemblées.

III-La protection des droits et libertés fondamentaux

C'est par la décision, essentiellement créatrice, de 1971 que le Conseil constitutionnel fait entrer les droits et libertés fondamentaux dans le champ constitutionnel. C'est en ce domaine qu'il développe largement sa jurisprudence. Il est confronté à des questions nouvelles qui trouvent difficilement dans le texte constitutionnel un cadre de référence. Il en est, notamment, ainsi en matière de bioéthique. Enfin, au delà de l'énumération des droits et libertés, c'est les conditions de leur garantie qui devient l'un des axes de la jurisprudence du Conseil. La constitutionnalisation des exigences liées à la sécurité juridique est, de ce point de vue, emblématique.

1-La décision de 1971 (44DC), Liberté d'association, la reconnaissance d'un corpus constitutionnel relatif aux droits et libertés fondamentaux

S'il fallait choisir une décision créatrice, ce serait bien celle-ci. Créatrice, car le Conseil va se donner le système normatif de référence à partir duquel il pourra développer, voire même exercer son contrôle de l'activité législative. Créatrice, parce que cette décision s'opère contre la volonté exprimée par la plupart des rédacteurs de la Constitution. Créatrice, parce que c'est cette jurisprudence qui rendra possible et efficiente la réforme de 1974 relative à la saisine du Conseil et, plus médiatement celle de 2008, qui vise spécifiquement les droits et libertés constitutionnels.

Une Constitution qui n'aurait compris que les seuls articles numérotés n'était sans doute pas compatible avec un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi. Dès sa décision 39 DC du 19 juin 1970, le Conseil manifeste son intention d'exercer un contrôle au fond de la loi. Cette décision est une étape parfois méconnue, de la reconnaissance d'une définition large de la notion de « constitution » en droit français. Dans les visas de cette décision, figure en effet la mention "Vu la Constitution, et notamment son préambule".

Ainsi le label constitutionnel est attribué aux textes majeurs de l'histoire constitutionnelle française marquant deux étapes fondamentales dans la reconnaissance des droits et libertés, la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946.

C'est dans la même logique que s'inscrit le Conseil lorsque dans sa décision 2008-564 DC, il précise que « l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle ».

Cependant cette pleine valeur constitutionnelle accordée à l'ensemble des règles et principes référencés dans la Constitution ne préjuge pas de leur portée. En particulier, tous ne constituent pas des droits subjectifs, alors que certains ne peuvent être invoqués que dans un contentieux objectif, un contentieux de la norme.

2-La décision bioéthique de 1994 (343-344 DC) ou la confrontation aux évolutions scientifiques et techniques

La décision relative à la bioéthique doit être retenue comme emblématique parmi les décisions créatrices en matière de droits et de libertés fondamentaux.

Elle présente de ce point de vue deux spécificités essentielles. D'une part le Conseil découvre dans la Constitution le principe de dignité que le Comité Vedel n'avait pas auparavant cru y distinguer, préconisant son insertion dans le texte constitutionnel. D'autre part, le Conseil tire de ce principe une série d'exigences dérivées.

Mais surtout cette décision est l'une des premières où le Conseil est directement confronté aux défis des sciences et des techniques.

La découverte du principe de dignité est audacieuse. Elle est légitime. En effet la condamnation des régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine et la reconnaissance de l'égalité ontologique entre les êtres humains constituent la substance même du principe de dignité.

De ce principe, le Conseil tire un certain nombre d'exigences qui en dérivent sans avoir nécessairement le même rang constitutionnel, la protection de sa vie dès le commencement, l'intégrité et la non patrimonialité du corps humain...C'est ainsi une articulation entre principe matriciel et principes dérivés qui est mise en évidence par le Conseil. Elle constitue un instrument remarquable d'adaptation des textes fondamentaux aux exigences contemporaines tout en maintenant l'ancrage textuel des normes de référence.

S'agissant de la portée de ce principe, le Conseil, implicitement, le reconnaît comme indérogeable, ce qui n'est pas le cas pour le principe de liberté. C'est ainsi le caractère objectif du principe de dignité qui est mis en exergue. C'est en fait en terme de valeurs qu'il faut alors raisonner, ce qui est d'ailleurs conforme à la logique tant du Préambule de la Déclaration de 1789 que du paragraphe liminaire du Préambule de 1946.

Le Conseil s'est trouvé confronté à de nombreuses reprises à des questions d'une même nature. Il en est ainsi de la protection de la vie privée ou de la présomption d'innocence dans le cadre du développement du recours aux fichiers informatiques, notamment en matière pénale (décision 2004-402 DC), de questions telles celle de l'utilisation d'embryons humains à des fins de recherche (décision 2004-498 DC) ou du recours à des test génétiques dans le cadre du contrôle de l'immigration (décision 2007-557DC.) .

De manière générale, et indépendamment des spécificités qui s'attachent à chacune de ces questions, le Conseil se montre d'une extrême prudence, au risque de filtrer le moustique et de laisser passer le chameau, pour reprendre la formule de Jean Rivero. En toute hypothèse, alors que la protection de l'environnement et paradoxalement pas celle de l'humain est inscrite dans la Constitution, le Conseil sera probablement confronté de plus en plus régulièrement à de telles questions et devra trouver un équilibre difficile entre l'exercice d'un contrôle tatillon à partir de normes très générales et une trop grande révérence vis à vis des choix du législateur, au risque de la réitération de principes incantatoires et dépourvus de substance

3-La décision de 1998 (404 DC), la constitutionnalisation de l'impératif de sécurité juridique en tant que garantie des droits

Cette décision est créatrice en ce qu'elle pose une règle, celle selon laquelle si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. D'autre part, le Conseil, contrairement aux usages qui sont les siens, ne rattache pas cette règle à une norme constitutionnelle précise.

Incontestablement inspirée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme cette position s'inscrit dans un mouvement de constitutionnalisation des exigences liées à la sécurité juridique qui manifeste l'appréhension d'un nouvel équilibre entre la garantie des droits des citoyens et le respect de l'intérêt général et se traduit par un

renforcement du rôle joué par le juge dans la détermination concrète de cet équilibre.

Le Conseil étend également ce principe au champ contractuel en précisant dans sa décision 98-401 DC que "le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen".

De même dans sa décision relative aux test génétiques en matière d'immigration, le Conseil pose le principe de non rétroactivité s'agissant d'une rétention de sureté dont il considère que n'étant pas une peine, elle n'entre pas dans le champ de l'article 8DDHC. L'absence de référence normative à l'appui de cet énoncé a pu surprendre. L'affirmation du principe s'inscrit cependant dans la logique de cette décision créatrice de 1998.

C'est en fait essentiellement de la garantie des droits qu'il s'agit. Le Conseil fédérera dans sa jurisprudence ultérieure les exigences liées à la sécurité juridique en les ancrant dans le texte de l'article 16 DDHC, mais sans jamais consacrer expressément le principe de sécurité juridique lui même. Peut être cela pourrait-il être le fait d'une nouvelle décision créatrice, ou plus exactement d'une décision confirmatrice.

*

* *

Cette analyse sommaire de quelques décisions créatrices permet à la fois de mesurer la manière dont le Conseil s'inscrit rapidement délibérément et de manière continue dans une logique essentiellement juridique. Jouant un rôle pilote dans la protections des droits et libertés fondamentaux, il sait aussi jouer sa propre partition dans le concert juridictionnel et international. Toutes ces positions ne sont cependant pas figées dans le marbre, le Conseil peut évoluer sans se contredire, alors que les enjeux changent.

Si ces décisions rendent compte de la manière dont le Conseil dit le droit constitutionnel, l'accès aux archives du Conseil et notamment aux délibérés, qui représente une ouverture considérable de la juridictions constitutionnelle, permettra d'analyser la manière dont s'élabore cette parole. C'est alors l'analyse du processus créateur qui pourra être opérée. Pour le prochain anniversaire de la Constitution et du Conseil constitutionnel, et sans

attendre le centième anniversaire, l'on pourra alors s'interroger sur les délibérés créateurs du Conseil. C'est à dire se projeter dans l'atelier ou les choix s'opèrent, les raisonnements s'élaborent, l'architecture se met en place.

Par ailleurs demain l'ouverture du contentieux constitutionnel de la loi devant l'ensemble des juridictions constituera probablement un très efficace moteur à l'imagination créatrice des plaideurs, de leurs conseils, voir de certains juges. C'est au Conseil qu'il reviendra de tracer la voie de l'équilibre toujours entre la prudence et l'audace, pour satisfaire à la fois la protection des droits, la satisfaction de l'intérêt général et l'efficacité institutionnelle. Le Conseil devra également faire preuve d'imagination dans le développement de nouvelles procédures en ouvrant son prétoire, même de manière médiate, aux justiciables et non plus seulement aux politiques.