

# Les décisions créatrices du conseil constitutionnel

Bertrand MATHIEU - Professeur à l'Université de Paris I, directeur du Centre de recherche de droit constitutionnel

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL, HORS SÉRIE 2009 - COLLOQUE DU CINQUANTENAIRE, 3 NOVEMBRE 2009

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 nouvelle 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 renforçant 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.