

La place des considérations extra-juridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité

EREVAN : 29 septembre – 2 octobre 2005

MESDAMES, MESSIEURS,

Le sujet de mon intervention peut surprendre : comment pourrait-il y avoir place, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, pour des considérations extra-juridiques ? Le juge constitutionnel ne se prononce-t-il pas en droit et uniquement en droit ? S'il en était autrement, ne s'exposerait-il pas au risque d'empiéter sur le pouvoir d'appréciation des représentants élus de la Nation ?

Ces questions ne sont pas négligeables et il est parfois jugé plus séant de les esquiver. Notre intervention d'aujourd'hui ne les éludera pas : oui, le contrôle de constitutionnalité repose pour partie sur des considérations extra-juridiques.

Il faut d'abord souligner que tout juge, quel qu'il soit, est conduit à « produire » du droit, notamment pour combler le silence ou l'ambiguïté de la loi ou pour l'appliquer à une situation particulière. Il y a plus de deux siècles Jean-Marie Etienne Portalis, l'un des rédacteurs de notre Code Civil, écrivait, dans son Discours préliminaire : « *Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action* ».

En deuxième lieu, s'il est clair qu'aucune considération extra-juridique ne saurait dévier le raisonnement juridique lorsque le droit dicte la solution, il est non moins clair que ces considérations ont leur place lorsque le droit n'est plus déterministe et ouvre plusieurs possibilités de solutions.

Cette hypothèse se rencontre fréquemment dans le cas de contrôle de constitutionnalité et singulièrement en France dont le catalogue des droits fondamentaux est à la fois ancien et formulé en termes très généraux, invitant le juge constitutionnel à l'interprétation.

Juger la loi, c'est se prononcer sur un objet tant juridique que politique, façonné par les représentants du peuple. Produit d'une volonté mais aussi d'un

compromis, la loi s'apprécie au regard du contexte et des conditions qui ont présidé à son élaboration.

De plus, le juge doit généralement dire si la loi est conforme non pas à une mais à plusieurs normes constitutionnelles qu'il lui appartient de concilier. Il doit aussi juger au regard de l'intérêt général. Notre jurisprudence a ainsi dégagé des « objectifs de valeur constitutionnelle », parfois qualifiés de « démembrements de l'intérêt général », qui permettent la mise en œuvre de cette mission : j'y reviendrai.

Enfin, les caractéristiques propres au Conseil constitutionnel français, qui exerce un contrôle exclusivement *a priori*, à chaud, dans un délai très bref, l'obligent plus que tout autre à mesurer les effets immédiats et différés de ses décisions.

Si la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité peut reposer sur des considérations extra-juridiques, celles-ci peuvent jouer aussi bien dans le sens du renforcement des pouvoirs du juge constitutionnel que dans le sens de l'autolimitation.

I.— Le contrôle constitutionnel est parfois renforcé par des considérations extra-juridiques

Il n'est pas douteux que les références du contrôle de constitutionnalité en France sont incomparablement plus riches que ce qu'il paraissait à l'origine.

Cette « extension » des critères du contrôle au cours des années trouve sa source dans la volonté du Conseil constitutionnel de « compléter » le « bloc de constitutionnalité » français, initialement peu orienté vers la protection des droits fondamentaux, et de jouer un rôle comparable aux autres cours constitutionnelles européennes.

A) La plupart des droits et libertés qui font aujourd'hui partie du bloc français de constitutionnalité datent de 1789 et 1946. La « première génération », de 1789, était destinée à protéger les individus contre les abus du pouvoir politique. Il s'agissait de reconnaître à chacun le droit d'agir librement et d'être traité de façon égale. La « deuxième génération », de 1946, est celle des droits économiques, sociaux et culturels. Elle comporte des droits collectifs (droit syndical) mais aussi des droits-créances : ce ne sont plus les « droits de » que l'on consacre, mais les « droits à » : droit au travail, droit à l'éducation, droit à la santé, droit à la culture, etc.

Mais, pour en arriver là, le Conseil constitutionnel a dû compléter un bloc de constitutionnalité initial (1958) essentiellement tourné vers la régulation des relations entre les pouvoirs publics.

En outre, il a fallu adapter les principes de 1789 et 1946, très généraux, à des situations ignorées des hommes de 1789 et 1946.

Cette révolution s'est faite, en premier lieu, par la reconnaissance de principes fondamentaux reconnus par la législation républicaine antérieure à 1946. À cet égard, la doctrine française voit l'acte véritablement fondateur du contrôle de constitutionnalité en France dans une décision du Conseil constitutionnel de 1971 qui, pour la première fois, donne valeur constitutionnelle aux textes cités par le Préambule de la Constitution de 1958 ainsi qu'aux principes fondamentaux reconnus par la République.

En reconnaissant valeur constitutionnelle à ces règles, le Conseil a accru son champ de compétences, répondant par là à une demande de justice constitutionnelle.

La création d'une nouvelle catégorie de normes constitutionnelles, les « objectifs de valeur constitutionnelle », participe également de cet accroissement des normes de contrôle. Contrairement aux principes fondamentaux, que l'on vient d'aborder, aucun de nos textes constitutionnels n'en parle. Pourtant, le Conseil considère que ces objectifs sont des buts assignés par la Constitution au législateur pour rendre plus effectifs des droits et principes de valeur constitutionnelle.

Parmi ces objectifs, figurent la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la recherche des auteurs d'infractions, mais aussi le pluralisme de la presse, le droit d'obtenir un logement décent, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi.

Il arrive aussi au Conseil constitutionnel de tirer de nouvelles exigences à partir de dispositions écrites de la Constitution :

- Est très utilisé, par exemple, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui proclame : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Le Conseil constitutionnel fait découler de cet article un certain nombre d'exigences telles que le droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, le principe du procès équitable et la sécurité juridique.

- La liberté personnelle et le respect de la vie privée ont été déduits des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 qui proclame : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ».

- Le principe de la dignité humaine s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle sur le seul fondement des termes très généraux du Préambule de la Constitution de 1946 qui énoncent qu'« *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

- La sincérité des lois de finances, avant d'être consacrée par une loi organique, a trouvé son fondement dans l'article 13 de la Déclaration de 1789 qui proclame la nécessité de l'impôt et le principe de l'égalité devant l'impôt en fonction des capacités contributives de chacun.

- De même, à partir de l'article 6 de la Déclaration, qui définit la loi comme « l'expression de la volonté générale », le Conseil constitutionnel juge que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation à énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative.

- De même, encore est-il jugé que des dispositions de portée normative incertaine, c'est-à-dire qui énoncent une règle en termes équivoques ou confus, se heurtent à un principe constitutionnel (la clarté de la loi) et méconnaissent un objectif de valeur constitutionnelle (l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi).

Enfin, alors qu'aucun texte ne lui donne compétence pour connaître du contentieux des actes préparatoires à un référendum, le Conseil constitutionnel s'est reconnu compétent en 2000 pour statuer sur les décrets relatifs à la convocation, à l'organisation et à la campagne du référendum. Jusqu'à cette date, le Conseil d'Etat se reconnaissait compétent pour examiner la légalité des actes d'organisation de la campagne à l'exception du décret de convocation des électeurs, dans lequel il voyait un « acte de Gouvernement ». Comme, en pratique, il est impossible d'annuler les résultats d'un référendum après que le peuple s'est prononcé, il existait une sorte de déni de justice. Le Conseil constitutionnel y a donc mis fin de sa propre initiative.

B) La jurisprudence des cours internationales peut également inciter le juge constitutionnel national à accentuer son contrôle.

C'est le cas, en France, en matière de validations législatives, c'est-à-dire lorsque le législateur modifie rétroactivement le droit positif afin de permettre de régulariser des actes juridiques annulés ou dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction.

Le Conseil constitutionnel a durci son contrôle depuis 1999 pour se mettre en concordance avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 28 oct. 1999, n° 248446/94 et autres, Zielinsky, Pradal et Gonzales c/ France), selon laquelle « *le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable... s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* ».

Le Conseil constitutionnel n'utilise pas exactement les mêmes critères que la Cour de Strasbourg, mais le résultat obtenu est similaire. Il n'accepte une validation législative que si celle-ci répond aux critères cumulatifs suivants : définition stricte de la portée de la validation ; but d'intérêt général suffisant ; respect des décisions de justice ayant force de chose jugée ; respect du principe de non rétroactivité des peines et des sanctions ; absence de méconnaissance par l'acte validé de règles ou de principes de valeur constitutionnelle, sauf dans le cas où le but d'intérêt général visé par la validation est lui-même de valeur constitutionnelle.

B. Le choix des techniques de jugement peut aussi traduire la volonté du juge constitutionnel d'affirmer son contrôle

1. Il en est ainsi des réserves d'interprétation dites « directives »

Dans le cadre du contrôle *a priori* qui incombe au juge constitutionnel français, celui-ci utilise la technique des réserves d'interprétation.

Si les réserves d'interprétation pures ne révèlent pas, par elles-mêmes, un accroissement de son contrôle, il en va différemment des réserves directives par lesquelles il veut s'assurer à l'avance d'une bonne exécution de la loi. Il s'adresse alors à l'autorité chargée d'appliquer cette dernière - ce peut être le pouvoir réglementaire ou le juge, qu'il soit de l'ordre judiciaire ou administratif - afin que soient respectées certaines exigences constitutionnelles.

Lorsqu'une réserve a pour destinataires les autorités juridictionnelles, il s'agit de véritables instructions adressées au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation,

ainsi qu'aux juridictions qu'ils contrôlent par la voie de l'appel ou de la cassation, pour qu'ils assurent le respect de l'interprétation de la loi donnée par le Conseil constitutionnel.

Il arrive même au Conseil constitutionnel d'adresser des directives au législateur lorsqu'il relève une carence législative.

Ainsi, dans une décision du 3 avril 2003, le Conseil constitutionnel a constaté que l'exigence de parité entre hommes et femmes, posée par l'article 3 de la Constitution en ce qui concerne les mandats électoraux et les fonctions électives, n'avait pas été rendue applicable à l'Assemblée de Corse, alors que cela l'avait été pour les conseils régionaux. Aucune particularité locale, ni aucune raison d'intérêt général, ne justifiait cette différence de traitement. En conséquence, il a jugé qu'« *il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité* ». Six mois après cette « injonction », le législateur a adopté une loi dont l'article unique dispose que : « *Chaque liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe* » (loi n° 2003-1201 du 18 décembre 2003).

2. Deuxième exemple de procédé par lequel le Conseil a étendu son contrôle : l'exception d'inconstitutionnalité

L'article 61 de la Constitution n'envisage le contrôle de la constitutionnalité des lois qu'entre leur vote et leur promulgation. Or, de façon prétorienne, le Conseil a considéré qu'il pouvait statuer, même si c'était dans des cas limités, sur des lois déjà promulguées. Cette compétence exceptionnelle pour connaître d'une loi promulguée s'exerce à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui « la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Elle lui a permis en 1999 de déclarer contraire à la Constitution une disposition législative qui instaurait une peine d'inéligibilité automatique et qui avait été promulguée en 1985.

3. Troisième illustration de la volonté du Conseil d'assurer son contrôle : le désistement impossible

Contrairement à un principe bien établi qui fait obligation au juge d'accepter le désistement présenté par un requérant, qu'il applique d'ailleurs au contentieux électoral, le Conseil constitutionnel juge qu'une fois la saisine déposée en application de l'article 61 de la Constitution, tout désistement est impossible, quel que soit son auteur, sauf en cas d'erreur matérielle, de fraude ou de vice du consentement.

Le Conseil considère en effet « qu'aucun des textes fixant la procédure applicable devant lui n'habilite les autorités de saisine à [le] dessaisir ». En faisant une interprétation littérale, voire restrictive, du texte constitutionnel (art. 61) et de l'ordonnance organique relative au Conseil (art. 18), il veut écarter certaines manœuvres politiques tendant à « faire obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé ».

Mais il existe aussi beaucoup de cas où des considérations extra-juridiques jouent dans le sens de l'atténuation du contrôle.

II.— Le contrôle constitutionnel peut également être atténué du fait de la prise en compte de considérations extra-juridiques

Le Conseil constitutionnel s'était défini à l'origine, de manière assez modeste, comme un simple « régulateur de l'activité des pouvoirs publics ». Si l'accroissement de son rôle en matière de protection des droits fondamentaux l'a conduit à abandonner rapidement une définition aussi réductrice, il n'en a pas moins multiplié les mécanismes dits « d'autolimitation » (A).

En dehors même de ces mécanismes, les modalités concrètes d'exercice de ses compétences, ou le réalisme de la prise en compte de l'évolution du contexte sociologique, politique, économique...dans lequel interviennent les textes soumis à son examen, peuvent aussi, conduire à diverses formes d'atténuation du contrôle de constitutionnalité (B).

A. L'atténuation du contrôle constitutionnel résultant d'une volonté d'auto-limitation

Le Conseil a dégagé de lui-même plusieurs principes qui témoignent d'une volonté aussi ancienne que constante de se détourner du « gouvernement des juges ». Cette attitude a contribué à faire accepter ses décisions. Elle se traduit aussi bien dans la définition de sa compétence que dans le choix des critères généraux de son exercice.

Pour ce qui concerne, en premier lieu, la définition de sa compétence, le Conseil constitutionnel a énoncé, dès 1961, qu'il ne pouvait être saisi « que dans les cas et suivant les modalités fixés par la Constitution », ce qui signifiait qu'il ne reconnaissait disposer que d'une compétence d'attribution.

Certes, il lui est arrivé, par la suite, d'atténuer la portée de cette décision, par exemple en se déclarant compétent, en 2000 et 2005, pour le contentieux des décrets propres à un référendum, alors que cette compétence n'est pas expressément prévue par la Constitution. Mais on a vu que cette évolution

répondait à la nécessité d'une clarification de la répartition des compétences entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel.

Le principe même de la compétence d'attribution n'a jamais été remis en cause. C'est pourquoi le Conseil estime qu'il ne peut statuer ni sur les lois qui sont adoptées par le peuple français à la suite d'un référendum et qui constituent l'expression directe de la souveraineté nationale (décisions de 1962 et 1992), ni sur une révision constitutionnelle, même lorsqu'elle se réalise par la voie parlementaire (décision de 2003).

La volonté d'autolimitation du Conseil se manifeste également dans le choix des critères généraux d'exercice de ses compétences.

Donnons-en quatre exemples :

1. Comme on l'a vu, le Conseil rappelle de manière régulière que « *la Constitution ne (lui) confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement* ».

Il en résulte que le Conseil exerce généralement un contrôle restreint. Il recourt fréquemment au critère de « *l'erreur manifeste* ». Il vérifie ainsi que le législateur n'a pas commis d'erreur flagrante dans le travail de conciliation auquel il doit procéder entre les diverses exigences constitutionnelles en fonction du but qu'il s'est assigné. Tant qu'il n'y a pas d' « *erreur manifeste* », tant que la conciliation opérée n'est pas « *manifestement déséquilibrée* », la censure n'est pas encourue.

2. Le deuxième exemple concerne les questions de constitutionnalité soulevées d'office. Le Conseil s'est reconnu le pouvoir d'étendre son contrôle y compris à des dispositions législatives qui ne sont pas contestées par les requérants. Le contentieux des normes est en effet un contentieux d'ordre public. Le Conseil estime ainsi que l'effet d'une saisine est « *de mettre en oeuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déferée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part de ses auteurs* ».

Pourtant, le Conseil ne soulève qu'avec circonspection des questions de constitutionnalité que les auteurs des saisines n'ont pas invoquées. Cette parcimonie s'explique en partie par des contraintes matérielles : la modestie des moyens dont il dispose et l'obligation qui lui est faite de statuer dans un délai d'un mois ne lui permettent pas d'exercer son contrôle sur les centaines de dispositions législatives que contiennent les textes qui lui sont soumis dans un laps de temps très court.

Ainsi, ayant dû rendre huit décisions sur des textes de nature et de portée très diverses au cours du seul mois de juillet 2005, le Conseil ne pouvait sérieusement exercer son contrôle d'office, même s'il a, de fait, examiné d'autres dispositions que celles qui lui étaient expressément soumises, sans que cela apparaisse toutefois dans les décisions.

Au demeurant, même lorsque les conditions matérielles lui permettent un examen exhaustif des dispositions d'un texte qui lui est soumis, le Conseil demeure prudent dans l'usage du moyen d'office, qui conduit généralement à la censure, ou, parfois, à l'émission d'une réserve.

Le choix d'en faire usage ou non résulte d'un processus dont il est difficile de rendre compte et qui repose sur la combinaison de considérations extra-juridiques qui tiennent, par exemple, au caractère plus ou moins important de la question en cause, à l'intérêt pédagogique que peut présenter la censure, au caractère consensuel ou non de la disposition dont la constitutionnalité est douteuse.

A titre d'exemple, parmi les 25 décisions rendues entre janvier 2004 et juillet 2005, seules quatre ont donné lieu à l'examen d'office de dispositions. Trois de ces décisions ont prononcé des censures.

La seule éventualité que le Conseil soulève des moyens d'office constitue, dans certaines hypothèses, un frein à sa saisine. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'opposition est parvenue à faire introduire, dans une loi qu'elle conteste, une disposition dont la constitutionnalité est douteuse mais qui lui donne satisfaction. Elle peut alors s'abstenir de saisir le Conseil, par crainte de le voir déclarer cette disposition contraire à la Constitution.

C'est afin d'assurer cette dissuasion régulatrice que le Conseil s'efforce de ne pas laisser passer une trop longue période sans procéder à un examen d'office.

3. Le troisième exemple d'autolimitation dans l'exercice de la compétence du Conseil réside dans le fait qu'il ne censure que très rarement une loi déférée à la suite d'une première censure.

Rien n'interdit au Conseil de censurer une seconde fois. Mais force est de constater que ce cas de figure ne s'est produit jusqu'ici qu'à deux reprises pour des dispositions de portée limitée issues à chaque fois d'un amendement parlementaire.

On peut penser que la rareté des « deuxièmes censures » s'explique par le fait que le législateur s'est intégralement conformé à la décision initiale du Conseil.

Mais cette rareté s'explique surtout par le souci du Conseil de ne pas créer une situation de crise avec le Parlement, dès lors, du moins, que le « message » contenu dans la première décision a été entendu par le législateur.

4. Enfin, le Conseil se montrera très circonspect face à un texte faisant l'objet d'un large accord politique. Il s'efforcera alors – dans la mesure du possible – de limiter les censures et préférera – dans la mesure du possible aussi – les réserves d'interprétation aux déclarations d'inconstitutionnalité. De façon générale, le caractère consensuel ou conflictuel d'une loi est susceptible d'influer sur la décision rendue (sauf bien sûr lorsque la solution s'impose juridiquement).

On pourrait citer bien d'autres exemples de la retenue observée par le Conseil constitutionnel, comme :

- la discipline qu'il s'impose pour ancrer les principes mis en oeuvre dans un texte du bloc de constitutionnalité ;
- la définition de critères stricts pour la détermination des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ;
- le refus d'étendre le « bloc de constitutionnalité » aux traités internationaux ;
- le refus de se reconnaître le pouvoir de réécrire la loi, etc...

La retenue du juge constitutionnel français procède également de considérations pratiques.

B. L'atténuation du contrôle de constitutionnalité résultant du réalisme

Le réalisme, comme les modalités concrètes de l'exercice du contrôle de constitutionnalité, peuvent contribuer, autant que la conception que se fait le juge constitutionnel de son office, à une atténuation du contrôle.

On peut en donner quelques exemples de nature et de portée diverses.

1. La nature des droits invoqués devant lui emporte des conséquences sur le degré du contrôle de constitutionnalité.

Ceci est particulièrement net à propos des droits énumérés par le Préambule de la Constitution de 1946, qui constituent pour l'essentiel des droits économiques et sociaux, dits de « deuxième génération ».

En les intégrant dans le bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a incontestablement donné tort à ceux qui n'y voyaient que de simples orientations de philosophie politique.

Mais il ne leur a pas pour autant conféré une portée normative identique à celle dont bénéficient les dispositions qui garantissent les autres droits et libertés

Plusieurs droits ou principes, expressément mentionnés par le Préambule de 1946 (ou déduits de celui-ci) ont été en effet qualifiés d' « objectifs de valeur constitutionnelle ».

Il en est ainsi, par exemple, du droit à la protection de la santé et de la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et, plus généralement, de l'ensemble des prescriptions constitutionnelles tirées des alinéas 10 et 11 du Préambule de 1946 (droit aux conditions nécessaires au développement de la famille et de l'individu ; droit à la protection de la santé, au repos, aux loisirs, etc.).

Le fait de conférer une telle qualification à ces droits a servi à tempérer leur portée, malgré l'affirmation de leur niveau constitutionnel. Ils doivent être considérés comme n'ayant pas un caractère absolu, n'étant pas d'application directe et s'adressant non aux particuliers mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résultat. En particulier, ils ne sont pas des droits subjectifs, dotés d'une justiciabilité directe.

C'est évidemment le réalisme qui a dicté cette solution : le niveau des prestations servies par l'« Etat Providence » étant conditionné par la situation économique, il ne serait pas raisonnable de le fixer de façon rigide au niveau constitutionnel.

2. L'atténuation du contrôle de constitutionnalité peut encore résulter de l'assouplissement des exigences textuelles.

Le Conseil a ainsi rejeté l'idée selon laquelle le législateur ne pourrait restreindre les droits fondamentaux que dans les cas expressément prévus par la Constitution.

Saisi, en 1985, d'une loi prolongeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, il a jugé que le législateur disposait d'une compétence générale pour effectuer la

conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, sans lequel, comme il a pris soin de le préciser, l'exercice des libertés publiques ne saurait être assuré.

Il a jugé en outre que cette compétence pouvait s'exercer alors même qu'elle n'était pas mentionnée dans la Constitution. De fait, l'état d'urgence, réglementé par une loi de 1955, donc antérieure à la Constitution de la V^{ème} République, est absent des prévisions constitutionnelles.

Naturellement, le raisonnement du Conseil ne saurait être interprété comme autorisant la mise en œuvre régulière de régimes contraires aux libertés. Ces restrictions ne peuvent intervenir que dans des circonstances exceptionnelles.

Néanmoins, en admettant la compétence du législateur ordinaire sans exiger qu'il bénéficie d'une habilitation constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a choisi de ne pas faire obstacle à l'action du Gouvernement à un moment où il était nécessaire et urgent d'assurer la continuité de l'Etat, alors qu'une crise d'une particulière gravité affectait une partie du territoire national.

La reconnaissance de ce pouvoir du législateur de restreindre les libertés sans texte constitutionnel, mais en vertu d'une loi promulguée antérieurement à la Constitution, peut être rapprochée d'une autre décision selon laquelle les autorités de l'Etat disposent, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un pouvoir de réquisition qui peut s'exercer même sans texte.

Ainsi, en rejetant, dans une décision de 2003, le recours formé contre une loi qui précisait les cas dans lesquels les préfets pouvaient procéder à des réquisitions en cas de calamité, le Conseil a jugé que cette loi ne faisait que préciser les pouvoirs de police administrative qui leur appartenaient d'ores et déjà en cas d'urgence lorsque le rétablissement de l'ordre, de la sécurité, de la salubrité ou de la santé publics exige des mesures de réquisition.

3. Un autre exemple d'atténuation du contrôle réside dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil à propos de ce qu'il est convenu d'appeler « l'effet cliquet ».

En matière de libertés publiques, le Conseil a en effet renoncé à la tentation d'instaurer une règle générale de « non retour en arrière ». Cette règle avait été pourtant énoncée en matière de protection de la liberté de communication, mais le Conseil l'a abandonnée, dans ce domaine, dès 1986 et ne l'a appliquée qu'une fois par la suite, dans un domaine différent.

La jurisprudence du Conseil est donc désormais bien fixée en ce sens qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Ce pouvoir n'est certes pas sans limite, mais la seule exigence posée par le Conseil est que le législateur « ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles ».

L'application stricte de « l'effet cliquet » aurait eu pour conséquence que la législation aurait du être toujours plus protectrice à l'égard de nombreux principes et que chaque avancée législative aurait été constitutionnalisée. Ce mécanisme n'aurait pu se réaliser qu'au détriment d'autres droits ou d'autres exigences de valeur constitutionnelle tout aussi éminents, mais dont la protection législative n'a pas encore connu un développement équivalent.

Problématique en matière de libertés, la notion d'effet cliquet était au surplus totalement inadaptée aux droits économiques et sociaux. On peut en effet envisager que certaines évolutions économiques rendent impossible le maintien du niveau de protection déjà atteint.

4. L'atténuation du contrôle peut également se traduire par des revirements de jurisprudence répondant à des considérations de nature non juridique.

Certes, la cohérence de la jurisprudence constitue une des préoccupations majeures du Conseil constitutionnel. Elle répond au souci d'asseoir sa crédibilité dans l'ordre juridique français et, plus profondément, d'apporter sa contribution à la sécurité juridique.

Mais le Conseil sait aussi d'expérience que, face à certaines évolutions de la société, l'application entêtée de solutions antérieurement dégagées n'est ni souhaitable, ni possible. Il sait même que certaines solutions antérieures de sa jurisprudence ont pu produire un résultat malheureux du point de vue de l'intérêt général ou se heurter à de graves difficultés d'application.

S'il doit être soigneusement pesé en tenant compte de ses avantages et de ses inconvénients, le changement de jurisprudence peut n'en être pas moins indispensable à la vitalité de l'institution, à l'adéquation de la jurisprudence à l'intérêt général et à son adaptation aux circonstances.

Significative à cet égard est l'inflexion de la jurisprudence du Conseil en matière de rétention administrative des étrangers en situation irrégulière, en cours d'éloignement du territoire national.

Une décision du 13 août 1993 jugeait que, sauf menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, la Constitution interdisait de retenir pendant plus d'une semaine un étranger en voie d'éloignement.

Une décision du 20 novembre 2003 n'en a pas moins validé des dispositions qui, afin de permettre à l'administration de disposer d'un temps suffisant pour exécuter de manière effective les mesures d'éloignement, ont porté à trente deux jours le maximum de la durée de la rétention.

Le réalisme a joué un rôle important dans cette décision. Le fait que la quasi-totalité des pays européens connaissent une durée de rétention qui excédait la durée maximale prévue par la loi nouvelle n'a pu qu'influencer le Conseil dans le sens du changement de jurisprudence. La volonté du législateur de remédier à un état de fait dans lequel une faible proportion seulement des mesures d'éloignement prononcées étaient exécutées, ce que l'opinion publique avait du mal à admettre, a également été déterminant.

5. Enfin, l'usage des réserves d'interprétation peut, dans bien des cas, relever de l'auto-limitation.

On sait que la technique des réserves d'interprétation permet de déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition que cette disposition soit interprétée ou appliquée de la façon indiquée par le Conseil. Les réserves n'ont de sens que pour autant qu'elles guident la solution des litiges nés ultérieurement de l'interprétation ou de l'application de la loi.

On touche ici à la force et à la faiblesse des réserves. En se bornant à émettre une réserve, le Conseil constitutionnel permet d'introduire dans l'ordre juridique une disposition qui, interprétée autrement, ne serait pas conforme à la Constitution.

C'est alors le destinataire de la réserve, juge ordinaire ou administration, qui devient, en quelque sorte, le dépositaire du respect de la Constitution.

L'usage des réserves présente l'avantage de permettre la prise en compte d'une certaine réalité politique en évitant une censure et donc un conflit avec la Représentation nationale, tout en préservant les exigences constitutionnelles.

Sur le plan politique, chacun y trouve son compte : la majorité qui a voté le texte peut affirmer qu'il n'a pas été censuré et qu'il va être publié au Journal officiel. L'opposition relève, quant à elle, que la disposition qu'elle combattait a été dûment stigmatisée par une réserve et qu'elle avait donc raison de s'insurger.

Cet avantage « salomonique » de la réserve est diversement commenté par la doctrine française : les uns estiment que le Conseil constitutionnel est dans sa fonction pacificatrice en les émettant ; d'autres considèrent qu'elles édulcorent le contrôle, courent le risque de ne pas être entendues par les juridictions ordinaires ou font jouer au Conseil un rôle de « pompier législatif » qui n'est pas le sien.

Observons cependant que ces opinions contraires sur les réserves d'interprétation se réfèrent, elles aussi... à des considérations extra-juridiques.

*

* *

Je terminerais par un dernier type de considérations.

Il s'agit de la prise en compte de ce qui a été jugé par d'autres cours suprêmes, nationales ou internationales.

En France, nous avons, à côté du Conseil constitutionnel, deux cours suprêmes, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat et, sur le plan européen, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes.

Les juges, auxquels il appartient de dire le droit, se font plus donc nombreux. Si l'on veut que leur polyphonie ne se transforme en cacophonie, il est nécessaire qu'ils soient à l'écoute les uns des autres.

C'est ce que tente de faire le Conseil constitutionnel. Avant de statuer, il vérifie si d'autres juges ont déjà répondu à la question qui lui est posée. S'il en est ainsi, il attachera le plus grand prix à ce qui a été jugé et ne s'en séparera que s'il y a une raison majeure de le faire.

Il en est ainsi d'une loi récente qui crée un nouveau pavillon maritime permettant d'embaucher, dans des conditions différentes, des marins français et des marins résidant hors de France : la solution dégagée par la Cour de Karlsruhe le 10 janvier 1995 a directement inspiré celle du Conseil constitutionnel du 28 avril 2005.