

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS – PARIS II

1<sup>re</sup> année de Licence

Année universitaire 2023-2024

2<sup>nd</sup> semestre

## DROIT CONSTITUTIONNEL

Cours de M. le Professeur Armel LE DIVELLEC

### Séance n° 17

## La justice constitutionnelle à la française : le Conseil constitutionnel et ses mutations

#### **Objet de la séance :**

*La création du Conseil constitutionnel en 1958 s'inscrit dans la logique de l'encadrement "orthopédique" du parlementarisme très spécifique à la Ve République. Conçu au départ comme un « régulateur de l'activité des pouvoirs publics », mais surtout, en réalité, comme le gardien des règles juridiques destinées à empêcher le Parlement de sortir du rôle réduit qui lui est assigné – notamment le respect de la délimitation du domaine de la loi et du règlement (art. 34/37), il s'est peu à peu affirmé, à partir des années 1970 (en particulier suite à sa décision du 16 juillet 1971, implicitement validée par le légiconstituant qui, le 29 octobre 1974, élargit les autorités de saisine), dans un rôle d'une tout autre dimension : celui d'un véritable « défenseur des droits de l'homme » ainsi qu'un protecteur des droits des minorités (l'opposition parlementaire), deux éléments essentiels de la conception moderne d'un « État de droit ».*

*Il conviendra d'envisager avec précision l'ensemble de ses attributions. Le contrôle de la conformité à la Constitution des lois, des règlements des assemblées et des engagements internationaux (art. 61, 61-1 et 54) ne constitue en effet qu'une des nombreuses attributions du Conseil, au même titre que le contentieux des consultations électorales nationales (art. 58, 59 et 60), ou que ses compétences consultatives (art. 11 et 16).*

**Semaine de distribution : semaine du 11 mars 2024**

**Semaine d'utilisation : semaine du 18 mars 2024**

#### **Articles du Dictionnaire du droit constitutionnel à lire :**

Amparo – Autorité judiciaire – Autorité juridictionnelle – Bloc de constitutionnalité – Cavalier – Charte de l'environnement – Conseil constitutionnel – Constitutionnalisation – Constitutionnalité (principe de) – Contentieux constitutionnel – Contrôle de constitutionnalité – Contrôle de conventionnalité – Convention européenne des droits de l'homme – Cour constitutionnelle – Cour Suprême – Déclassement – Domaine de la loi – État de droit – Exception d'inconstitutionnalité – Gardien de la Constitution – Gouvernement des juges – Hiérarchie des normes –

Incompétence négative - Interprétation – Juridiction - Jurisprudence - Justice constitutionnelle - Liberté, libertés publiques – Loi - Norme - Objectif - Préambule - Principe(s) – Question prioritaire de constitutionnalité - Réserve d'interprétation - Supraconstitutionnalité.

## **Documents :**

**Préalable : la place du contentieux constitutionnel dans la formation et la perception du droit constitutionnel**

Document 1 : Olivier BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/ Lamy-PUF, 2007, p. 258-260

## **I / Les raisons d'être du Conseil constitutionnel**

Document 2 : Michel DEBRÉ, Discours devant l'assemblée générale du Conseil d'État, 27 et 28 août 1958 (extrait), *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, t. III, p. 260

Document 3 : Extraits des débats devant le Comité Consultatif Constitutionnel, *Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, La Documentation française, t. II, pp. 175-179

## **II / Le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel**

Document 4 : François Julien-Laferrrière « Conseil constitutionnel : « Le mode de désignation des membres est l'une des sources des faiblesses de l'institution », *Le Monde*, 15 mai 2023

## **III / Les attributions du Conseil constitutionnel**

### **A) La « fabrique » des décisions du Conseil constitutionnel : un point de vue interne**

Document 5 : Dominique SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, extraits

### **B) La « fabrique » des décisions du Conseil constitutionnel : des points de vue externes**

Document 6 : Olivier BEAUD, Patrick WACHSMANN, « Ouverture », *Jus politicum, Revue de droit politique*, n° 7 (Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?), mars 2012, <http://juspoliticum.com/article/Ouverture-448.html>

### **C) Les normes de références et les décisions du Conseil constitutionnel**

#### **a) Le refus de contrôler**

Document 7 : Décision du Conseil constitutionnel n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*

Document 8 : Décision du Conseil Constitutionnel n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*

Document 9 : Georges BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 1977, p. 119-120

Document 10 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République* (extraits)

#### **b) L'étendue du contrôle**

Document 11 : Décision du Conseil constitutionnel n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale* (extraits)

Document 12 : Décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*

#### **c) La variété du contrôle**

Document 13 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006, *Accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens (Accord de Londres)* (extraits)

Document 14 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*

#### **Bibliographie :**

- « Le Conseil Constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 13, 1991 (avec notamment la contribution critique de René de Lacharrière)
- « La question prioritaire de constitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 137, 2011
- « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 30, 2011
- P. Avril, J. Gicquel, *Le Conseil constitutionnel*, Montchrestien, 6<sup>e</sup> éd., 2011
- D. Baranger, « Comprendre le bloc de constitutionnalité », *Jus Politicum*, n° 21, 2018 (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : <http://juspolicum.com/article/Comprendre-le-bloc-deconstitutionnalite-1237.html>)
- L. Domingo et alii, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 20<sup>e</sup> éd., 2022.
- A. Le Divellec, « La doctrine contre le Conseil constitutionnel. (Petite) Histoire d'un combat perdu qui ne pouvait être gagné », C. Boutin, B. Dageron, F. Rouillois (dir.), *Contre le gouvernement des juges ? Les opposants à un contrôle juridictionnel de la loi*, Ed. du Cerf, 2022, p. 241-269. (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : [a-ledivellec.net/Publications/Articles](http://a-ledivellec.net/Publications/Articles))
- Site internet : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>
- « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012 (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : <http://www.juspolicum.com/Ouverture.html>)
- « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, 2010 (gratuitement consultable et téléchargeable sur internet à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-27/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-27.42524.html>)
- Le rôle du Conseil constitutionnel : [https://www.lemonde.fr/societe/article/2024/01/08/loi-immigration-quand-le-president-du-conseil-constitutionnel-laurent-fabius-tance-emmanuel-macron-sur-l-etat-de-droit\\_6209686\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2024/01/08/loi-immigration-quand-le-president-du-conseil-constitutionnel-laurent-fabius-tance-emmanuel-macron-sur-l-etat-de-droit_6209686_3224.html)

## Préalable : la place du contentieux constitutionnel dans la formation et la perception du droit constitutionnel

**Document n°1 : Olivier Beaud, « Constitution et droit constitutionnel », *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, p. 258-260**

De façon très majoritaire, sinon hégémonique, la doctrine française présente, actuellement, la Constitution comme une norme (ou un ensemble de normes juridiques) dont la qualité serait d'être suprême(s). Selon cette conception dite « normative », « une constitution est la loi fondamentale suprême que se donne un peuple libre » (E. Zoller). (...) La Constitution était [surtout, en sein de ce courant,] analysée comme une loi spéciale (...) par le seul et unique fait qu'elle était modifiée selon une procédure particulière (critère formel de révision), dont l'aménagement permettait de qualifier le type de constitution (rigide ou souple selon les cas). Mais il semble que les tenants d'une conception normative ont de plus en plus tendance à considérer que le véritable critère d'appartenance formelle à la Constitution provient de ce qu'une norme inscrite dans une constitution écrite soit « appliquée », c'est-à-dire sanctionnée par le juge. Le critère de reconnaissance juridictionnelle serait en train de remplacer le critère de révision, ce qui suppose – et certains ont franchi ce pas – de considérer le juge comme un acteur *coconstituant* en vertu de son pouvoir prétorien de création de normes juridiques (O. Cayla). (...)

Amorcée en 1971, l'extension du contrôle de constitutionnalité des lois a connu une ampleur inégalée depuis la grande alternance de 1981 qui a transformé le Conseil constitutionnel en juge du conflit politique entre la nouvelle majorité et l'opposition. La plupart des juristes de droit constitutionnel estime, sans le dire ouvertement, qu'on a enfin affaire à un vrai droit constitutionnel puisque la Constitution est désormais sanctionnée par un juge, juge de surcroît constitutionnel. Bref le développement de la jurisprudence constitutionnelle aurait provoqué la « résurrection d'une discipline juridique » (C. Grewe). (...)

[1] Le droit constitutionnel se serait enfin juridicisé parce qu'il se serait juridictionnalisé. « Le droit constitutionnel est le droit de la Constitution sanctionné par un juge » (Favoreu, Maus). [Cette] formule résume le mieux cette option juridictionnelle affichée par les néo-constitutionnalistes. (...) Il en découle que, pour la plupart des constitutionnalistes contemporains, faire œuvre de science constitutionnelle revient, de plus en plus, à accumuler, et ensuite à tenter de les articuler entre elles, les diverses jurisprudences. (...)

Cette modification de la perception de la Constitution a inévitablement une incidence sur l'objet même du droit constitutionnel, foncièrement remodelé. Son objet traditionnel, la description des institutions politiques, est marginalisé en raison de son contenu faiblement justiciable. L'essentiel de ce droit concerne ses deux autres objets, « le système normatif et la protection des droits et libertés fondamentaux » (Favoreu).

[2] Le droit constitutionnel est donc « normatif » ou « fondamental ». (...) Ce droit deviendrait le droit des autres droits. En d'autres termes, la Constitution est considérée comme le fondement des autres sources de droit ; elle est la source suprême, la source d'où jaillirait tout le droit, dans la mesure où ses dispositions ont une valeur juridique « supérieure ». (...)

[3] Pourquoi se demande-t-on, la Constitution, et avec elle le droit constitutionnel, seraient-ils parés d'une telle majesté ? (...) Celui-ci aurait changé de substance en devenant le « droit constitutionnel des libertés ». (...) Désormais, il suffit que le juge reconnaisse une liberté ou un droit contenu ou impliqué par les Déclarations des droits de 1789 ou de 1946 pour que ce droit soit reconnu comme « constitutionnel » et appartienne à ce qu'on a appelé le « bloc de constitutionnalité ». Le fondement théorique de cette modification du contenu est « l'idée de réalisation de l'État de droit » (Favoreu). On a pu résumer fidèlement cet argument en écrivant que « le droit constitutionnel jurisprudentiel s'inscrit pour l'essentiel dans une perspective libérale qui privilégie la garantie des droits subjectifs par rapport à la démocratie politique (P. Avril).

Il résulte de cette redéfinition de l'objet du droit constitutionnel que la discipline concernée a désormais abandonné la liaison incestueuse avec les « institutions politiques » et qu'elle revendique le statut de la discipline reine du droit public. S'il est matériellement un droit des libertés publiques, il est jurisprudentiel du point de vue de la forme. Par voie de conséquence, il a de plus en plus de mal à se distinguer du contentieux constitutionnel.

## I / Les raisons d'être du Conseil constitutionnel

**Document n° 2 : M. DEBRE, Discours devant l'assemblée générale du Conseil d'État, 27 et 28 août 1958 (extrait), Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, La Documentation française, t. III, p. 260**

« La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi. Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules saisir quatre autorités : le Président de la République, le Premier ministre, les deux présidents d'Assemblée. À ce Conseil d'autres attributions ont été données, notamment l'examen du règlement des Assemblées et le jugement des élections contestées, afin de faire disparaître le scandale des invalidations partisans. L'existence de ce Conseil, l'autorité qui doit être la sienne, représentent une grande et nécessaire innovation. La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire. »

**Document n° 3 : Extraits des débats devant le Comité consultatif constitutionnel, Documents pour servir l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, La Documentation française, t. II, pp. 175- 179**

**M. LE GARDE DES SCEAUX.** Pourquoi, dans la première rédaction, n'a-t-on pas évoqué l'idée d'une demande par un tiers des parlementaires ? C'est qu'il n'est peut-être pas bon de politiser cette opération de contrôle de la constitution. Vous donnez la possibilité de saisir le Conseil à quatre personnages : le président de la République, le premier ministre et les présidents des deux Assemblées. C'est déjà très bien. Ce sont quatre personnages qui ne sont pas forcément d'opinions politiques identiques. Vous proposez qu'en plus, dans l'une ou l'autre Assemblée, un tiers des parlementaires puisse se grouper pour saisir le Conseil constitutionnel.

Il faut, en tout cas, réfléchir avant de prendre cette position (...) À partir du moment où vous sortez de quatre ou cinq autorités nettement déterminées, vous vous laissez glisser peu à peu à une saisine du Conseil constitutionnel, d'une manière trop large. Vous pouvez imaginer une campagne de presse, vous pouvez imaginer des organismes professionnels faisant pression sur des parlementaires pour saisir le Conseil constitutionnel (...)

L'autorité du Conseil constitutionnel gagne, à mon avis, au moins dans le système que nous vous proposons, à être un organe très solennel que seules des autorités, quelles qu'elles soient, qui doivent avoir le sens de l'État, sont seules autorisées à saisir. (...)

**M. TRIBOULET.** Dans la Constitution, telle que nous sommes en train de l'établir, il était nécessaire de prévoir que le Gouvernement, l'exécutif, pouvait requérir auprès du Conseil constitutionnel un avis sur la constitutionnalité d'une mesure prise par le législatif, un empiètement du législatif qui lui paraîtrait dangereux ou anormal.

C'est pourquoi le président du Conseil et le président de la République, - dans la mesure où il n'est pas l'arbitre suprême et où il représente le pouvoir exécutif -, ont le droit de saisir le Conseil constitutionnel. Mais, en revanche, il me paraît indispensable, puisque c'est un régime de séparation des pouvoirs, que du côté législatif aussi on puisse saisir le Conseil constitutionnel pour toute mesure que l'exécutif prendrait et qui paraîtrait dangereuse et non conforme à la Constitution.

Restent les deux présidents des Assemblées, mais, d'après un autre article de la Constitution, ils vont maintenant être désignés pour tout le temps d'une législature, et ils seront désignés par une majorité, la majorité du Parlement.

Or, dans un régime comme celui-là, il faut défendre la possibilité d'agir d'une minorité, d'une minorité importante, non pas d'un parti. (...)

**M. TEITGEN.** (...) Monsieur le président, rien n'est plus dangereux que cela ; cela n'a l'air de rien, mais nous sommes en train de jouer avec de la dynamite, parce que l'opposition d'un tiers saisira le Conseil constitutionnel après tous les débats passionnés. C'est le rôle de l'opposition.

Elle fait flèche de tout bois, c'est pour cela qu'elle fait de l'opposition. Par conséquent, avec une loi promulguée, le Comité constitutionnel sera saisi (...) Je pourrais multiplier les exemples, et nos beaux messieurs les retraités, finalement, vont gouverner tout le monde ! Ce ne sera pas le Gouvernement des juges, ce sera le Gouvernement des anciens. (...)

**M. TRIBOULET.** (...) Sans aller jusqu'au recours individuel, donnons à la représentation des intérêts minoritaires de la nation, des tendances minoritaires de l'opinion, la possibilité de saisine. Car si vous ne donnez pas la possibilité de saisine à ceux qui sont lésés, jamais le Conseil ne sera saisi. (...)

**M. TEITGEN.** (...) Il faut bien préciser le débat. Il n'y a d'intérêt que si le contrôle de la constitutionnalité permet de vérifier la conformité de la loi au préambule de la Constitution. Car, entendons-nous bien, c'est de cela qu'il s'agit.

Parce que, au fond, vérifier la conformité de la loi aux règles de compétence et de procédure posées par la Constitution, ce peut être intéressant, mais c'est d'une portée secondaire.

Il arrive rarement qu'un Parlement vote des lois qu'il n'a pas le droit de voter, ou qu'il vote selon des procédures ou dans des conditions de forme irrégulière.

Si le préambule devait être exclu du contrôle de constitutionnalité, il n'y aurait aucun inconvénient à admettre l'amendement de M. Triboulet. Mais ce qui est grave, c'est le contrôle de constitutionnalité posé dans des termes tels que le Conseil constitutionnel est habilité à contrôler la conformité de la loi votée par le Parlement avec le préambule de la Constitution et tout ce qu'il contient comme dispositions positives et virtuelles. C'est là que vous tombez dans le Gouvernement des juges, chacun appréciant de manière suggestive et particulière ce que signifie ce préambule (...)

Vous aboutirez ainsi, si vous admettez que le contrôle de constitutionnalité porte sur la conformité avec le préambule, à donner au Conseil un pouvoir considérable (...)

## **II / Le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel**

### **Document 4 : Julien JEANNENEY, « Parlementaires, utilisez vos pouvoirs dans les nominations au Conseil constitutionnel ! », *Le Monde*, 18 février 2022**

Ce devait être un progrès admirable, mais la chose, pour l'instant, ne peut que décevoir. Longtemps menée dans l'ombre, la nomination triennale de trois membres du Conseil constitutionnel jouit, depuis peu, d'une publicité bienvenue. Depuis 2010, les candidats sont soumis à une audition parlementaire publique, diffusée à la télévision. Depuis 2013, les parlementaires doivent, ensuite, ratifier ou rejeter ces choix.

Nées de la révision constitutionnelle de 2008, conçues en contrepoint d'une extension des pouvoirs du Conseil constitutionnel, ces auditions ne devaient présenter, en principe, que des avantages. Par elles, les parlementaires sauraient faire émerger, au regard de tous, les qualités intellectuelles et civiques des candidats, leur vision de la Constitution et de la fonction juridictionnelle, leur connaissance de la jurisprudence. Soucieuses d'éviter un camouflet, les autorités de nomination se trouveraient incitées à privilégier des candidats sérieux. Ceux qui sont manifestement inadaptés à la fonction de juge constitutionnel, enfin, seraient désormais refusés.

Un vent venu d'Amérique avait soufflé sur cette réforme. Aux Etats-Unis, les candidats proposés par le président pour rejoindre la Cour suprême sont, depuis 1955, systématiquement interrogés par les membres d'une commission du Sénat. Depuis 1981, cette audition est retransmise à la télévision. Redoutable, l'épreuve influence, en amont, les choix présidentiels : à l'exception notable [en 2005] de Harriet Miers [à l'époque conseillère juridique à la Maison Blanche], dont George W. Bush, informé de ses faiblesses par des sénateurs [et à la demande de cette dernière], a retiré la candidature par crainte du ridicule, tous les candidats proposés depuis trois décennies étaient, par-delà leurs sensibilités politiques, d'éminents juristes à la trajectoire universitaire et professionnelle irréprochable.

## **Juge et partie**

Hélas, en France, ces objectifs n'ont pas été atteints. En témoignent les vingt et une auditions de candidats au Conseil constitutionnel depuis 2010. La raison en est simple : les parlementaires n'y tiennent leur rôle, dans l'ensemble, que de façon superficielle.

Sans doute faut-il reconnaître qu'ils sont soumis à deux contraintes fâcheuses, sur lesquelles ils n'ont pas de prise directe.

La première est d'ordre arithmétique. La révision constitutionnelle de 2008 soumet le blocage d'une telle candidature à une exigence trop forte, qui mériterait d'être assouplie : une majorité qualifiée des trois cinquièmes des suffrages exprimés. A quoi s'ajoutent les solidarités partisans, les mécanismes du parlementarisme rationalisé et le fait majoritaire. Chacun le perçoit : sauf coup de théâtre extraordinaire, ces auditions sont destinées à n'avoir aucune conséquence.

La seconde est d'ordre institutionnel. Au lieu de confier à la commission des lois du Sénat le contrôle des candidatures proposées par le président de l'Assemblée nationale, et réciproquement, la Constitution place les parlementaires dans la situation épineuse d'être juges et parties. Si l'on y adjoint le fait que le président d'une assemblée parlementaire, autorité de nomination, bénéficie en principe d'une majorité favorable au sein de sa commission des lois, qui est normalement présidée par un membre de sa formation, l'observation frappe encore davantage.

## **Réformer les pratiques**

Tout, pourtant, ne découle pas de la Constitution. Trois défauts procèdent de pratiques qu'il serait facile de réformer.

Le premier est temporel. Lors d'auditions qui s'étendent habituellement sur trois ou quatre jours, les sénateurs américains disposent chacun, à plusieurs reprises, de créneaux de vingt ou trente minutes pour interroger les candidats. Ainsi peuvent-ils aisément les interrompre, leur poser de nouveau une question esquivée, préciser leur propos. A l'inverse, les parlementaires français ne consacrent généralement qu'une heure, en tout et pour tout, à cet exercice. Leurs questions sont volontiers réunies en un bloc, de sorte que les candidats peuvent ne répondre qu'à certaines d'entre elles, ou se contenter de propos généraux, sans crainte d'être repris.

Le deuxième défaut est intellectuel. Probablement conscients de la portée limitée de l'exercice, les parlementaires ne préparent pas toujours, semble-t-il, l'audition avec minutie. Certains se satisfont de réponses imprécises. D'autres donnent l'impression de ne pas savoir ce qu'ils attendent du candidat. D'autres encore répètent les mêmes questions, d'une audition à l'autre, sans risque pour les candidats d'être surpris. Plus dommageable encore est une tendance à ne porter qu'un regard distrait sur ce qui pourrait entacher le parcours du candidat. Mis en cause dans une affaire d'emplois fictifs, Michel Mercier [ministre de la justice de 2010 à 2012] n'a pas été soumis à la moindre question sur le sujet lors de son audition. S'il a fini par démissionner, quelques jours après sa nomination, les parlementaires n'y étaient pour rien.

Le troisième défaut, enfin, est culturel. Un aveu serein d'incompétence offusquerait dans les pays où la justice constitutionnelle est prise plus au sérieux. Ici, on le tolère, on l'encourage. Jacques Barrot [membre de 2010 à 2014] déclare [lors de son audition] avoir « renoncé à comprendre la répartition des compétences entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel en matière électorale ». Claire Bazy- Malaurie [membre depuis 2010] affirme n'avoir « pas la prétention d'être une spécialiste aguerrie de droit constitutionnel ». François Pillet [membre depuis 2019] concède qu'il lui est « impossible de (...) donner l'assurance d'une compétence actuellement totalement éclairée en droit constitutionnel ». Au milieu de propos décousus et de phrases inachevées, Jean-Jacques Hyst [membre de 2015 à 2019] peut, sans péril, commettre une erreur massive sur la décision la plus fameuse de l'histoire du Conseil constitutionnel : tutoyé par le président de la commission, applaudi par ses membres dès la fin de son propos liminaire, il sait sa nomination acquise.

En n'opposant aux faiblesses des candidats que des haussements de sourcils, les parlementaires les incitent à la paresse tout en pérennisant l'insouciance des autorités de nomination. Ici, comme parfois, le problème ne vient pas des pouvoirs conférés à nos représentants ; bien plutôt d'une absence de volonté de s'en saisir.

### III / Les attributions du Conseil constitutionnel

#### A) La « fabrique » des décisions du Conseil constitutionnel : un point de vue interne

##### **Document 5 : Dominique SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, extraits**

Les négociations entre conseillers avant la séance plénière font appel, d'abord, à des arguments de droit. Mais au cours des discussions sont parfois mobilisées des réflexions sur l'opportunité de la décision : « En réalité, on aide le gouvernement en censurant », « C'était de toute façon une mauvaise disposition ». Le destin même et le prestige de l'institution peuvent aussi être invoqués : « On ne peut plus se permettre une nouvelle censure », ou bien au contraire : « On ne peut ruiner le prestige du Conseil en acceptant une telle remise en cause des principes fondamentaux. » Il peut même arriver que l'on fasse appel aux sentiments et à la solidarité du groupe, même si, dans ce cas, on le fait sur le ton de la plaisanterie en marquant ostensiblement sa distance avec un argument aussi peu juridique : « On ne peut pas faire de peine » au rapporteur, qui peut-être « a de gros ennuis de santé », « On lui a déjà refusé telle décision ». On veut parfois éviter d'imposer deux échecs lors d'une même plénière à un conseiller, surtout s'il est prestigieux. On « n'a pas osé », selon la formule d'un conseiller à la sortie d'une réunion plénière, refuser d'inscrire un visa évidemment indéfendable à un autre conseiller tout auréolé de sa gloire extérieure. Quelle décision n'a pas été adoptée parce que le rapporteur n'en dormait plus depuis des semaines et que l'on ne voulait pas se sentir responsable de son effondrement psychologique ? Ou bien parce qu'un des conseillers ayant permis l'adoption d'une décision lors de la réunion plénière précédente par son revirement pendant le délibéré, il aurait été par trop désobligeant de ne pas se ranger à son avis lors de la séance suivante ?

Un conseiller n'a-t-il pas voté contre une décision qu'il approuvait parce qu'il s'était si souvent démarqué d'un de ses amis politiques au cours des séances précédentes qu'il devait, cette fois, manifester sa solidarité avec lui ? Ou parce que, les interventions des conseillers au cours de la séance plénière ayant montré que la majorité était acquise, il pouvait se donner le plaisir de voter contre la décision ? Une décision n'a-t-elle pas été finalement adoptée parce que plusieurs conseillers craignaient, si on s'opposait à un rapporteur très engagé dans sa proposition de conformité ou de censure, de susciter des mesures de rétorsion lors d'une décision plus grave qui devait être débattue la semaine suivante ? Ou parce que des conseillers avaient un « compte à régler » avec le ministre responsable de la loi ou même avec le chef du gouvernement ? Ou avec le secrétaire général qui appuyait trop clairement le projet du rapporteur ? Ou parce que le mouvement de séance a brusquement fait changer d'avis un conseiller ? Ou parce qu'un ancien ministre devait remettre une décoration après la séance et qu'il craignait que la décision ne soit pas lisible par ses anciens électeurs ? Ou parce que le rapporteur avait menacé de donner sa démission du Conseil s'il n'était pas suivi ? (L'aurait-il fait ?...) Ou encore parce qu'un conseiller, devant la passion manifestée par certains de ses collègues, a voulu préserver la bonne atmosphère de la maison ? Une disposition du règlement de l'Assemblée nationale qu'on aurait pu juger inconstitutionnelle a été ainsi adoptée pour ne pas blesser un rapporteur particulièrement soucieux de conserver au parlement tous ses pouvoirs. Sans oublier le cas d'un conseiller un peu sourd ou distrait votant contre l'opinion qu'il avait défendue lors du délibéré.

## B) La « fabrique » des décisions du Conseil constitutionnel : des points de vue externes

**Document 6 : Olivier BEAUD, Patrick WACHSMANN, « Ouverture », *Jus politicum, Revue de droit politique*, n° 7 (Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ?), mars 2012, <http://juspoliticum.com/article/Ouverture-448.html>**

L'adoption de l'article 61-1 de la Constitution, puis la mise en place de la « question prioritaire de constitutionnalité », comme on l'appelle désormais, ont donné lieu à des célébrations sans nuance du renforcement de la protection des libertés publiques qu'entraînerait cette réforme. Celle-ci, assurait-on presque de toutes parts, étendait la garantie conférée aux libertés par l'intervention du Conseil constitutionnel depuis la décision historique du 16 juillet 1971, en permettant aussi désormais la censure des lois liberticides déjà promulguées. Gagnés par l'émotion collective, ceux-là mêmes qui jugeaient inutile cette extension des pouvoirs du Conseil joignaient leurs acclamations à celles des pouvoirs publics.

Une telle approbation de la réforme entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010 supposait toutefois une confiance dans la capacité du Conseil constitutionnel à être un gardien des libertés publiques. Celle-ci n'aurait dû être accordée qu'après qu'on se serait convaincu que sa composition, la volonté de ses membres, la teneur et l'évolution de sa jurisprudence l'accréditaient suffisamment. Or, il nous a paru frappant qu'un tel examen préalable n'a pas eu lieu, comme si son résultat positif relevait de l'évidence. Sans revenir sur les graves faiblesses que présente la composition du Conseil, tant au niveau de l'insuffisance des règles qui la régissent qu'à celui des choix opérés par les autorités investies du pouvoir de nomination<sup>1</sup> ou sur les édifiantes déclarations faites en février 2010 par l'une des personnes désignées pour siéger au sein du Conseil<sup>2</sup>, il nous a paru essentiel de partir d'un examen critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux libertés, afin d'interroger plus généralement cette figure de « gardien des libertés publiques » qu'on lui prête aujourd'hui si généreusement. Si la décision du 16 juillet 1971 avait été acquise, les délibérations publiées du Conseil l'attestent<sup>3</sup>, au prix d'un accord difficile sur une conception extensive et assez hardie des corollaires du principe de la liberté d'association, la prudence succède assez vite à cette conquête, par le Conseil, d'une mission de protection des libertés. Moins de dix ans plus tard, l'ambiance a changé : Danièle Lochak intitule avec un point d'interrogation, que l'on s'est permis de reprendre ici, son article traitant des libertés dans le numéro de la revue *Pouvoirs* consacré au Conseil constitutionnel<sup>4</sup>, tandis que la chronique de Jean Rivero sur la décision relative à la loi « sécurité et liberté » comporte un sous-titre, lui aussi interrogatif : « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? »<sup>5</sup>. Faisant part de son « inquiétude », l'éminent auteur écrit, avec une amère lucidité :

En grossissant le trait, on pourrait se demander si la protection des libertés par le Conseil ne s'avère pas inversement proportionnelle à la gravité des atteintes que leur porte la loi : efficace contre les éraflures, elle serait impuissante contre les mises en question. Selon la formule évangélique, elle « filtrerait le moustique et laisserait passer le chameau ».

La jurisprudence ultérieure n'a pas infirmé, mais au contraire amplement confirmé la justesse de cette analyse de Rivero, en particulier à partir du tout début du vingt-et-unième siècle, le Conseil constitutionnel se montrant de plus en plus soucieux de ne pas contrarier la volonté politique de la majorité. L'accumulation des lois sécuritaires, la multiplication des textes restrictifs visant les étrangers, n'ont fait l'objet que de censures portant sur des points marginaux de leur dispositif, tandis que le contrôle de lois importantes en matière de libertés a donné lieu à des décisions épousant le propos du législateur, plutôt qu'imposant la prééminence de la Constitution.

<sup>1</sup> V. P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, vol. III, 2011, p. 103-136.

<sup>2</sup> Propos de M. Barrot, reproduits dans *Le Monde* du 25 février 2010. Il opposait la mission de régulation de la vie politique dévolue au Conseil à celle de protection des droits fondamentaux pour justifier la nomination de trois hommes politiques, avant d'ajouter : « Les juristes considèrent un peu que le droit est une fin en soi, tandis que les législateurs sont mieux à même de le ramener à sa dimension de moyen. »

<sup>3</sup> V. B. Mathieu et al. (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 207 et s.

S'il est certain que cette dernière « ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement », il l'est non moins qu'elle lui donne « compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen », pour reprendre les termes rituellement utilisés par le Conseil lui-même depuis sa décision du 15 janvier 1975. Or, des décisions évasives et faiblement motivées donnent souvent au lecteur l'impression que le gardien des libertés se dérobe devant la tâche qui lui incombe et répugne à indiquer avec précision quelles sont les exigences que la Constitution fait peser sur la législation ordinaire – ainsi à propos des lois sur la bioéthique ou de la loi pénitentiaire. À chaque fois, le Conseil prend des prises de position décevantes, comme en inverse proportion de l'importance des enjeux.

Ainsi, à propos de la loi relative à la rétention de sûreté, qui marque incontestablement une rupture dans la conception des mesures privatives de liberté, celles-ci étant fondées « non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité », selon les propres termes employés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 février 2008. Or, du constat qu'il vient de faire, le Conseil déduit l'inapplicabilité à la rétention de sûreté de l'article 8 de la Déclaration de 1789... avant de décider, comme s'il se fût tout de même agi d'une peine, que cette mesure « ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation pour des faits commis antérieurement ». Pour parodier le titre d'un tableau célèbre, le Conseil énonce : ceci n'est pas une peine... Il est précisément permis de trouver particulièrement contestable l'affirmation que n'est pas constitutif d'une peine un supplément de privation de liberté pouvant être imposé à une personne condamnée à une peine de réclusion criminelle d'une durée déterminée. Il aurait fallu interroger en profondeur le sens du principe de légalité des délits et des peines consacré par la Déclaration de 1789, ce qui aurait dû déboucher sur le constat que les mesures prévues par la loi sous examen ne pouvaient se concilier avec ses exigences. Pour reprendre l'analyse d'un pénaliste, Philippe Conte<sup>6</sup> :

Avec la rétention de sûreté, en effet, la société condamne un homme pour ce qu'il est, non pour ce qu'il a fait, pour le risque qu'il incarne, non pour la faute qu'il a commise ; sans doute un lien entre sa rétention et son crime est-il exigé, mais en réalité l'abîme entre le libre arbitre et le déterminisme a bien été franchi avec l'alibi d'un concept introuvable : qu'est-ce que la dangerosité, d'ailleurs jamais définie par les textes ? On en a la preuve avec la possibilité désormais reconnue d'infliger à celui qui a pourtant purgé sa peine une privation de liberté d'une durée sans limite, solution qui, en rompant radicalement avec les principes libéraux, renoue avec l'idée d'élimination (autre manifestation de la loi de l'éternel retour).

Faute d'avoir déclaré applicable l'article 8 de la Déclaration, le Conseil est ensuite contraint de se livrer à un examen de proportionnalité, dont la teneur, mais non la rigueur, est empruntée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, portant sur le caractère nécessaire de l'atteinte portée à la liberté individuelle. Il s'agit, dit la décision du 21 février 2008, « d'assurer la conciliation entre, d'une part la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties », conciliation dont le Conseil constitutionnel estime en l'espèce que le législateur l'a réalisée d'une manière qui ne heurte pas la Constitution. À esquiver les interrogations fondamentales, on se trouve ramené à la mise en œuvre d'un principe de proportionnalité plus apte, dans l'usage qu'en fait le Conseil constitutionnel, à filtrer les moustiques que les chameaux.

Certains seront tentés de relever qu'en réalité, le Conseil a été habile, en rendant cette décision, dans la mesure où, sans s'opposer de front aux choix du législateur, il les a en réalité privés de toute portée en en différant la mise en œuvre à une date où il est permis d'espérer qu'une nouvelle loi aura abrogé ce dispositif contestable, de sorte que, grâce à ce subterfuge, le filtrage du moustique aura en réalité conduit à celui du chameau. Il est permis de ne pas partager cet enthousiasme pour les habiletés de ce type : leur pragmatisme sert de prétexte pour éluder les questions de principe et ne pas opposer à des tentatives futures de limitation des libertés le rempart d'exigences affirmées avec fermeté.

---

<sup>4</sup> D. Loschak, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 36.

<sup>5</sup> *AJDA*, 1981, p. 275.

<sup>6</sup> « Introduction au bicentenaire du Code pénal », in *La cohérence des châtiments. Essais de philosophie pénale et de criminologie* (volume 10), Dalloz, à paraître. Du même auteur, voir aussi la chronique, « Aux fous ! », *Droit pénal*, avril 2008, p. 1.

La matière des libertés publiques est-elle un domaine où peut s'appliquer cette sorte de jugement prudentiel, de compromis systématique, où le juge entend satisfaire les deux « parties » en présence<sup>7</sup> ? Ce constat vaut d'autant plus, s'agissant de la rétention de sûreté, que ladite « habileté » n'a pas épargné au Conseil constitutionnel une tentative scandaleuse, de la part du président de la République, de contourner la non-rétroactivité des nouvelles mesures, que commandait la décision<sup>8</sup>. Il est, par ailleurs, déplorable que, sur ce point essentiel, la motivation de cette dernière soit si faible<sup>9</sup>, mais on rejoint ici une critique plus générale. Pour en donner un exemple plus récent, et toujours dans le domaine du contrôle *a priori*, on prendra la décision du Conseil constitutionnel du 7 octobre 2010 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, dite « loi anti-burqa ». Sur un problème complexe qui mettait en cause non seulement la liberté religieuse, mais aussi la liberté personnelle et celle d'aller et de venir, la décision frappe par la pauvreté, quantitative et qualitative, de sa motivation, dans laquelle il est très hasardeux de démêler objectifs prêtés au législateur et analyse par le Conseil de la constitutionnalité du texte. Une telle décision est très loin de répondre aux attentes légitimes des citoyens et des juristes.

En choisissant le thème de la journée d'études organisée par l'Institut de recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg et l'Institut Michel Villey de l'Université Paris II, nous avons ces données présentes à l'esprit, et aussi de nombreuses conversations qui nous avaient amenés à partager une certaine irritation face à la manière dont le Conseil constitutionnel s'acquitte de sa mission de gardien des libertés publiques. L'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> mars 2010, de l'article 61-1 de la Constitution, les premiers pas du Conseil dans l'utilisation de la question prioritaire de constitutionnalité étaient évidemment de nature à relancer la discussion sur ce thème.

Combinant approches synthétique et analytique, nous avons essayé, en donnant à la défense de l'institution de la rue de Montpensier toute la place qui doit être la sienne dans un débat universitaire, de répondre à une question essentielle pour nos libertés. Le lecteur trouvera ci-après le texte des interventions à ce colloque<sup>10</sup>. Leur caractère contrasté, la richesse des discussions (non publiées) auxquelles celles-ci ont donné lieu attestent l'intérêt suscité par le thème de la sauvegarde des libertés et aussi, à nos yeux, l'urgence d'une réforme radicale du Conseil constitutionnel.

---

<sup>7</sup> Pour une critique en ce sens de la décision rendue le 6 août 2010 sur le principe d'indépendance des professeurs d'université, v. l'épilogue de l'ouvrage d'O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2010, p. 285, en particulier p. 316.

<sup>8</sup> Le président de la République demandait au Premier président de la Cour de cassation de « formuler toutes propositions utiles d'adaptation de notre droit pour que les condamnés exécutant actuellement leur peine et présentant les risques les plus grands de récidive puissent se voir appliquer un dispositif tendant à l'amoindrissement de ces risques. » Le rapport rendu suite à cette demande se montre évidemment respectueux de la décision du 21 février 2008, il n'en reste pas moins que l'autorité que l'article 5 de la Constitution charge de veiller au respect de la Constitution a clairement suggéré à l'opinion que le Conseil avait mis en péril la prévention du crime et qu'il était en conséquence légitime de chercher à bafouer sa décision...

<sup>9</sup> Ce point est unanimement relevé. Il fait même l'objet d'un commentaire cruel (« La faille dans le raisonnement est béante ») dans un ouvrage en général peu critique envers le Conseil (L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009, p. 824).

<sup>10</sup> À l'exception de celle de Guy Carcassonne, qui s'intitulait : « Le Conseil constitutionnel et les libertés ? – Peut mieux faire ».

## C) Les normes de références et les décisions du Conseil constitutionnel

### a) Le refus de contrôler

#### **Document n° 7 : Décision du Conseil constitutionnel n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962***

Le Conseil constitutionnel,

Saisi par le Président du Sénat, sur la base de l'article 61 2e alinéa, de la Constitution, du texte de la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et adoptée par le Peuple dans le référendum du 28 octobre 1962, aux fins d'appréciation de la conformité de ce texte à la Constitution ;

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel prise pour l'application du titre VII de celle-ci ; que le Conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes ;

2. Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ;

3. Considérant que cette interprétation résulte également des dispositions expresses de la Constitution et notamment de son article 60 qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière du référendum et de l'article 11 qui ne prévoit aucune formalité entre l'adoption d'un projet de loi par le peuple et sa promulgation par le Président de la République ;

4. Considérant, enfin, que cette même interprétation est encore expressément confirmée par les dispositions de l'article 17 de la loi organique susmentionnée du 7 novembre 1958 qui ne fait état que des "lois adoptées par le Parlement" ainsi que par celles de l'article 23 de ladite loi qui prévoit que "dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de la loi, le Président de la République peut promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture" ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune des dispositions de la Constitution ni de la loi organique précitée prise en vue de son application ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la demande susvisée par laquelle le Président du Sénat lui a déféré aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution le projet de loi adopté par le Peuple français par voie de référendum le 28 octobre 1962 ;

Décide :

Article premier :

Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée du Président du Sénat.

Article 2 : La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

**Document n° 8 : Décision du Conseil constitutionnel n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse**

Vu les observations produites à l'appui de cette saisine ; Vu la Constitution, et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Ouï le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ;
2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 de la Constitution : "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie." ;
3. Considérant que, si ces dispositions confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ;
4. Considérant, en effet, que les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ;
5. Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution ;
6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles ;
7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international ;
8. Considérant, en second lieu, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse respecte la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse, qu'il s'agisse d'une situation de détresse ou d'un motif thérapeutique ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au principe de liberté posé à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;
9. Considérant que la loi déferée au Conseil constitutionnel n'admet qu'il soit porté atteinte au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, rappelé dans son article 1er, qu'en cas de nécessité et selon les conditions et limitations qu'elle définit ;
10. Considérant qu'aucune des dérogations prévues par cette loi n'est, en l'état, contraire à l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ni ne méconnaît le principe énoncé dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé, non plus qu'aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par le même texte ;
11. Considérant, en conséquence, que la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse ne contredit pas les textes auxquels la Constitution du 4 octobre 1958 fait référence dans son préambule non plus qu'aucun des articles de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Les dispositions de la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, déferée au Conseil constitutionnel, ne sont pas contraires à la Constitution.

Article 2 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

**Document n° 9 : Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 1977, p. 119-120**

Saisi par le Président du Sénat d'une demande de déclarer non conforme à la constitution la loi relative à l'élection du Président de la République adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent.

Après avoir observé qu'il ne saurait excéder le cadre de sa compétence telle qu'elle est limitativement prévue par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel poursuit : « Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois, (...) il résulte de l'esprit de la constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics, que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale. »

Il y [aurait donc], d'une part les pouvoirs publics dont l'activité est subordonnée au respect de la Constitution (...), d'autre part, le peuple qui, dans l'exercice de sa souveraineté, n'est limité par aucune règle ni subordonné à aucun contrôle.

Dire que l' « expression directe de la souveraineté nationale » ne peut être assujettie à aucun contrôle, c'est rabaisser la constitution au rang d'un recueil de recettes techniques valables seulement pour les activités des représentants. C'est aussi et plus gravement, confondre les deux qualités du peuple, selon qu'il agit comme souverain ou comme gouvernant. En tant que souverain, il est absolument libre, car c'est la force politique qui exprime sa volonté. Mais comme gouvernant – et c'est le cas dans la démocratie directe – son activité est, au même titre que celle des autres gouvernants, dominée par le statut que la Constitution impose aux agents d'exercice du pouvoir.

**Document n° 10 : *Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*(extraits)**

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée par voie de loi organique que dans le respect des principes posés par le texte constitutionnel ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer dans d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus par ces textes ;
2. Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires ; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ;
3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer sur la demande susvisée, par laquelle les sénateurs requérants lui défèrent, aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution, la révision de la Constitution relative à l'organisation décentralisée de la République approuvée par le Congrès le 17 mars 2003.

## **b) L'étendue du contrôle**

### **Document n° 11 : Décision du Conseil constitutionnel n° 59-2 DC du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale (extraits)***

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 6 juin 1959 par le Président de l'Assemblée nationale, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, de la "Résolution portant règlement définitif de l'Assemblée nationale" ;

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, et notamment ses articles 17, alinéa 2, 19, 20 et 23, alinéa 2,

Décide :

Article premier :

Sont déclarés non conformes à la Constitution les articles du règlement de l'Assemblée nationale ci-après mentionnés : Article 19-3 : Par le motif que les dispositions de ce texte, combinées avec celles de l'alinéa 2 du même article et celles de l'article 20, n'ont pas seulement pour effet de permettre de faire obstacle à l'insertion au Journal officiel de la déclaration politique d'un groupe, mais aussi d'empêcher la formation même de ce groupe, par une appréciation, laissée à la seule Assemblée nationale, de la conformité de la déclaration politique dudit groupe aux dispositions de l'article 4 de la Constitution.

Article 31-5 : Par le motif que les dispositions de ce texte, en ce qu'elles assignent au Gouvernement un temps de parole de cinq minutes, sont contraires à celles de l'article 31 de la Constitution, lequel précise que les membres du Gouvernement sont entendus quand ils le demandent, sans que la durée de leur intervention puisse être limitée.

Article 81-1 et 4, article 82, article 86-3 et 4, article 92-6, article 98-6 et article 134-5, en tant qu'ils contiennent des dispositions relatives aux propositions de résolution : Par les motifs que, dans la mesure où de telles propositions tendraient à orienter ou à contrôler l'action gouvernementale, leur pratique serait contraire aux dispositions de la Constitution qui, dans son article 20, en confiant au Gouvernement la détermination et la conduite de la politique de la Nation, ne prévoit la mise en cause de la responsabilité gouvernementale que dans les conditions et suivant les procédures fixées par ses articles 49 et 50 ;

Que, dans la mesure où les propositions de résolution participeraient du droit d'initiative des parlementaires en matière législative, tel qu'il est défini et limité par les dispositions des articles 34, 40 et 41 de la Constitution, la pratique de telles propositions, outre qu'elle ferait double emploi avec celle des propositions de loi, se heurterait à la lettre de la Constitution, et notamment de ses articles 40 et 41 dont la rédaction ne vise que les propositions de loi, qui sont les seules dont l'adoption puisse avoir pour conséquence une diminution des ressources publiques, une création ou une aggravation d'une charge publique, et puisse porter atteinte au pouvoir réglementaire du Gouvernement défini par l'article 37 ou à la délégation qui lui aurait été consentie en application de l'article 38 ;

Qu'il résulte de ce qui précède que les articles du règlement de l'Assemblée nationale ci-dessus mentionnés, relatifs à la procédure législative et au contrôle parlementaire, ne peuvent, sans atteinte à la Constitution, assigner aux propositions de résolution un objet différent de celui qui leur est propre, à savoir la formulation de mesures et décisions relevant de la compétence exclusive de l'Assemblée, c'est-à-dire les mesures et décisions d'ordre intérieur ayant trait au fonctionnement et à la discipline de ladite Assemblée, auxquelles il conviendrait éventuellement d'ajouter les seuls cas expressément prévus par des textes constitutionnels et organiques tels que les articles 18 et suivants de l'ordonnance n° 59-1 du 2 janvier 1959 portant loi organique sur la Haute Cour de Justice.

Article 2 :

Sont déclarés conformes à la Constitution, sous réserve des observations qui suivent, les articles du règlement de l'Assemblée nationale ci-après mentionnés : Article 48-6 : Pour autant que ces dispositions ne prévoient un vote de l'Assemblée nationale que sur les propositions arrêtées par la Conférence des Présidents en complément des affaires inscrites par priorité à l'ordre du jour, sur décision gouvernementale, conformément aux dispositions de l'article 48 de la Constitution.

Article 144 : Pour autant que ces dispositions n'attribuent aux commissions permanentes qu'un rôle d'information pour permettre à l'Assemblée d'exercer, pendant les sessions ordinaires et extraordinaires, son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution.

Article 3 :

Sont déclarés conformes à la Constitution les articles du règlement de l'Assemblée nationale non mentionnés aux articles 1er et 2 de la présente décision.

**Document n° 12 : Décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 D C du 16 juillet 1971,  
*Liberté d'association***

Le Conseil constitutionnel,

Saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;

Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

1. Considérant que la loi déferée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971 ;

Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

2. Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

3. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

4. Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

5. Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1er de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

Article 2 :

Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.

Article 3 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

### **c) La variété du contrôle**

#### **Document n° 13 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006, Accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens (Accord de Londres) (extraits)**

Le Conseil constitutionnel a été saisi, en application de l'article 54 de la Constitution, le 12 septembre 2006, par MM. Jacques MYARD, Jean AUCLAIR, Jean-Louis BERNARD, André BERTHOL, (...) et Gérard WEBER, députés, et, le 20 septembre 2006, par le Premier ministre, de la question de savoir si l'autorisation de ratifier l'accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens, signé à Londres le 17 octobre 2000, doit être précédée d'une révision de la Constitution ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la convention sur la délivrance de brevets européens, faite à Munich le 5 octobre 1973 ; Vu

le code de la propriété intellectuelle ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que le Premier ministre défère au Conseil constitutionnel l'accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens, signé à Londres le 17 octobre 2000, à l'effet de savoir si l'autorisation de le ratifier doit être précédée d'une révision de la Constitution ; que les députés requérants soutiennent, pour leur part, que cet accord comporte, en son article 1er, des dispositions contraires à la Constitution et ne peut, dès lors, être ratifié qu'après la révision de celle-ci ;

- SUR L'ARTICLE 1ER DE L'ACCORD :

2. Considérant que l'accord soumis à l'examen du Conseil constitutionnel a pour objet de réduire, au stade de la validation des brevets, les exigences de traduction prévues par l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens ; qu'à cette fin, s'agissant des Etats parties ayant comme langue nationale l'allemand, l'anglais ou le français, langues officielles de l'Office européen des brevets, l'article 1er de l'accord prévoit que seule la partie du brevet correspondant aux " revendications " sera, en vertu de l'article 14 de la convention, traduite dans leur langue nationale ; (...)

En ce qui concerne l'article 2 de la Constitution :

5. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 2 de la Constitution : " La langue de la République est le français " ; qu'en vertu de cette disposition, l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public ; que les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage ; que l'article 2 de la Constitution n'interdit pas l'utilisation de traductions ;

6. Considérant que l'article 1er de l'accord soumis à l'examen du Conseil constitutionnel a pour seul effet d'emporter renonciation de la France à la faculté, que lui reconnaît le premier paragraphe de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens, de prescrire au demandeur ou au titulaire d'un brevet européen la fourniture d'une traduction intégrale en français ; qu'il s'inscrit dans le cadre de relations de droit privé entre le titulaire d'un brevet européen et les tiers intéressés ; que, dans l'ordre juridique interne, il n'a ni pour objet ni pour effet d'obliger les personnes morales de droit public ou les personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public à utiliser une langue autre que le français ; qu'il ne confère pas davantage aux particuliers, dans leurs relations avec les administrations et services publics français, notamment l'Institut national de la propriété industrielle, un droit à l'usage d'une langue autre que le français ; (...)

Décide :

Article premier.- L'accord sur l'application de l'article 65 de la convention sur la délivrance de brevets européens, signé à Londres le 17 octobre 2000, n'est pas contraire à la Constitution.

Article 2.- La présente décision sera notifiée au Premier ministre et publiée au Journal officiel de la République française.

**Document n° 14 : Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi**

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ; Vu le code pénal ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 15 février 2012 ;

Vu les observations en réplique présentées par les députés requérants, enregistrées le 21 février 2012 ; Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les députés et sénateurs requérants défèrent au Conseil constitutionnel la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi ;
2. Considérant que l'article 1er de la loi déférée insère dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse un article 24 ter ; que cet article punit, à titre principal, d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui « ont contesté ou minimisé de façon outrancière », quels que soient les moyens d'expression ou de communication publiques employés, « l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française » ; que l'article 2 de la loi déférée modifie l'article 48-2 de la même loi du 29 juillet 1881 ; qu'il étend le droit reconnu à certaines associations de se porter partie civile, en particulier pour tirer les conséquences de la création de cette nouvelle incrimination ;
3. Considérant que, selon les auteurs des saisines, la loi déférée méconnaît la liberté d'expression et de communication proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que le principe de légalité des délits et des peines résultant de l'article 8 de cette Déclaration ; qu'en réprimant seulement, d'une part, les génocides reconnus par la loi française et, d'autre part, les génocides à l'exclusion des autres crimes contre l'humanité, ces dispositions méconnaîtraient également le principe d'égalité ; que les députés requérants ont en outre valoir que le législateur a méconnu sa propre compétence et le principe de la séparation des pouvoirs proclamé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; que seraient également méconnus le principe de nécessité des peines proclamé à l'article 8 de la Déclaration de 1789, la liberté de la recherche ainsi que le principe résultant de l'article 4 de la Constitution selon lequel les partis exercent leur activité librement ;
4. Considérant que, d'une part, aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale... » ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ;

5. Considérant que, d'autre part, aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » ; que l'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »

6. Considérant qu'une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ; que, toutefois, l'article 1er de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « reconnus comme tels par la loi française » ; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1er de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution ; que son article 2, qui n'en est pas séparable, doit être également déclaré contraire à la Constitution,

DÉCIDE :

Article 1er – La loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi est contraire à la Constitution.

Article 2.– La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.