

Une lecture du juge constitutionnel français en tant que « pouvoir juridictionnel » : la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008.

« Quant à constitutionnaliser une décision du Conseil constitutionnel, j'y serai toujours hostile. Cette instance ne doit pas disposer du pouvoir constituant qui, je le répète, ne relève que du peuple et de ses représentants ».

Robert BADINTER, Sénat, séance du 24 juin 2008.

S'interroger « sur l'opportunité de reconnaître dans la Constitution l'existence d'un véritable pouvoir judiciaire ou juridictionnel et d'en préciser les contours » faisait partie de l'une des nombreuses orientations fixées par le Chef de l'Etat au Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République¹. Faisant défaut sur ce point à la mission qui lui était assignée de « *répondre aux préoccupations exprimées par le Président de la République* »², ce dernier n'a livré au public aucune réflexion sur cette question dans le rapport rendu le 29 octobre 2007. Certes, le Comité a « formulé des propositions tendant à améliorer les garanties d'indépendance et d'efficacité de l'autorité judiciaire », tout en consacrant « une large part de ses efforts à la mise en place d'un contrôle de la constitutionnalité des lois qui réponde à la fois aux aspirations trop longtemps méconnues des citoyens et aux impératifs de la sécurité juridique à laquelle ils aspirent non moins légitimement »³. Cependant, il n'est question que de l'« autorité » judiciaire dans le rapport. Le silence du Comité a définitivement clos la réflexion puisqu'elle ne sera réouverte ni par la lettre d'arbitrage du Chef de l'Etat, arrêtant les orientations présidentielles suite au rapport⁴, ni dans le projet de loi de révision, ni dans les débats parlementaires⁵. Ce silence n'est pas dépourvu de signification. Intuitivement, on croit percevoir que si la question n'a pas été débattue c'est qu'elle n'avait pas à l'être, soit parce qu'il n'existe pas de « pouvoir » judiciaire ou juridictionnel, et donc qu'il ne peut pas être reconnu dans la Constitution, soit parce qu'il en existe un et, qu'en conséquence, il est inutile de le formaliser dans la Constitution. Dans l'un ou l'autre cas, la question n'aurait que peu ou pas d'intérêt.

¹ Lettre de mission du Chef de l'Etat du 18 juillet 2007 annexée au décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 *portant sur la création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République*.

² Article 1^{er} du décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007, *précit*.

³ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^{ème} République, *Une V^{ème} République plus démocratique*, 30 octobre 2007, La Documentation française, p. 7, disponible sur : http://www.comite-constitutionnel.fr/le_rapport/index.php.

⁴ Lettre du 12 novembre 2007, disponible sur <http://www.comite-constitutionnel.fr/actualites/?id=50&page=1>.

⁵ Remarquons toutefois qu'au cours des débats de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de révision constitutionnelle D. GARRIGUE a pu nier l'existence d'un pouvoir judiciaire en France, en ces termes : « dans ce débat sur le droit de grâce, on voit apparaître une tentation récurrente, consistant à considérer qu'il existe un pouvoir judiciaire. Il y aurait trois pouvoirs en France : l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Cela tient à une révérence faite à Montesquieu. En réalité, nos institutions n'ont jamais prévu de pouvoir judiciaire. La justice est une branche de l'exécutif... » (1^{ère} séance du lundi 26 mai 2008).

Pourtant, s'interroger sur l'existence d'un « pouvoir judiciaire » ou d'un « pouvoir juridictionnel » ouvre plus d'incertitudes que ne le laissent supposer les affirmations de principe de la doctrine constitutionnelle en faveur ou à l'encontre de l'existence d'un tel pouvoir. A cet égard, la prudence qui la conduit parfois à emprunter une troisième voie, en ne prenant pas partie et en se contentant de reprendre l'énoncé du titre VIII de la Constitution du 4 octobre 1958, suscite la réflexion⁶. Parmi les interrogations suscitées par ce sujet, il en est une à résoudre brièvement et une autre qui mérite plus particulièrement que l'on s'y attarde : quels organes doivent être considérés comme formant cet éventuel « pouvoir » ? Comment est-il possible de reconnaître l'existence d'un « pouvoir » judiciaire ou juridictionnel, plutôt qu'une « autorité » ? La démarche adoptée conduira dans un premier temps à envisager une définition explicative du pouvoir juridictionnel avant de défendre le principe d'une identification factuelle de ce pouvoir.

En France, le dualisme juridictionnel et l'inscription du contrôle de constitutionnalité dans le « modèle » européen de justice constitutionnelle, c'est-à-dire de contrôle concentré de constitutionnalité⁷, conduisent à une appréhension tripartite du juge : juridictions judiciaires, juridictions administratives et Conseil constitutionnel. Le dualisme juridictionnel, d'une part, doit conduire à préférer l'expression de « pouvoir juridictionnel » à celle de « pouvoir judiciaire ». Seule la première expression permet d'intégrer les juridictions administratives à ce « pouvoir ». Une telle acception globalisante repose sur un présupposé selon lequel, si le juge est l'expression d'un pouvoir, aussi bien le juge administratif que le juge judiciaire en font partie et en sont l'expression, même si leurs compétences sont différentes. L'habilitation à résoudre des litiges en application du droit⁸ réunit les deux juges. La réflexion initiée par le Chef de l'Etat sur l'inscription d'un pouvoir juridictionnel dans la Constitution aurait d'ailleurs pu permettre de formaliser dans la Constitution le statut du juge administratif qui reste aujourd'hui encore périphérique, puisque son indépendance et sa réserve constitutionnelle de compétence sont reconnues en tant que principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁹. D'autre

⁶ Voir sur ces différentes situations, en faveur, à l'encontre ou encore silencieux sur l'existence d'un « pouvoir » juridictionnel, l'analyse exhaustive de la place du juge dans les manuels de droit constitutionnel, science politique et libertés publiques réalisée par F. HOURQUEBIE in *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, 2004, p. 627 et s.

⁷ Quelles que peuvent être d'ailleurs les critiques formulées et formulables à l'encontre de l'existence d'un « modèle » européen de justice constitutionnelle. Voir en particulier, pour une lecture critique des spécificités françaises vis-à-vis de ce modèle : M. FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Economica, 2001, pp. 167-183.

⁸ Ce qui constitue en l'occurrence l'une des définitions, fonctionnelle, d'une juridiction. Voir pour une synthèse à propos de la juridiction constitutionnelle : V. BOUVIER, « La notion de juridiction constitutionnelle », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 119-129, spécial. p. 123.

⁹ Voir respectivement, pour les décisions de principe : C.C., n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*, J.O.R.F., 24 juillet 1980, p. 1868, cons. 6 ; n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, J.O.R.F., 25 janvier 1987, p. 924, cons. 15.

Dans le prolongement de cette question, un amendement proposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale (rapport n° 892, J.-L. WARSMANN, 15 mai 2008) et adopté en première lecture conduisait à consacrer de manière indirecte le dualisme juridictionnel en donnant compétence au législateur pour fixer les règles concernant la « répartition des contentieux entre les ordres juridictionnels, sous réserve de l'article 66 ». Voir *infra*.

part, la question de la place reconnue au Conseil constitutionnel au sein du « pouvoir » juridictionnel s'avère plus délicate. Si l'on tient pour acquise sa nature juridictionnelle¹⁰, son indépendance structurelle et organique vis-à-vis des deux ordres de juridiction invite cependant à le placer à part. Dans cette perspective, soit il ne fait pas partie du pouvoir juridictionnel et serait plus exactement un organe constitutionnel, à l'instar de l'approche défendue par la Cour constitutionnelle allemande¹¹ ; soit il est seul l'expression d'un pouvoir juridictionnel¹², distinct des « autorités » juridictionnelles représentées par les deux ordres de juridiction ; soit enfin il est intégré au pouvoir juridictionnel en raison de sa fonction de résolution de litiges, fussent-ils objectifs, en application du droit. Cette dernière lecture fonctionnelle permet de réunir à partir de leur mission les deux ordres de juridiction et le Conseil constitutionnel. La mise en place d'une question préjudicielle de constitutionnalité, et donc la création d'un lien procédural avec les juridictions ordinaires et plus précisément avec les cours suprêmes des deux ordres de juridictions, plaident également en faveur d'une intégration du Conseil constitutionnel au sein du pouvoir juridictionnel.

Cette approche fonctionnelle du pouvoir juridictionnel peut être considérée comme d'autant plus pertinente que la problématique sur l'existence d'un tel pouvoir s'inscrit dans la réflexion générale sur la séparation des pouvoirs. Selon le schéma classique, brièvement synthétisé et simplifié¹³, la séparation des pouvoirs implique une séparation entre différents organes et une distribution entre ceux-ci de compétences distinctes. La fonction de trancher des litiges en application du droit revient alors au juge, expression d'un « pouvoir » juridictionnel. Quels que soient les critères utilisés pour en reconnaître l'existence, une idée générale domine : il y a « pouvoir » juridictionnel lorsque celui-ci est en mesure de se hisser au niveau des deux autres pouvoirs, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Plus exactement, le juge ne devient l'expression d'un pouvoir que lorsqu'il est en mesure de rivaliser avec les deux autres organes, Parlement et gouvernement, « titulaires »

¹⁰ Voir, toutefois, pour un exposé de la controverse sur le caractère juridictionnel du Conseil constitutionnel : D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, Domat droit public, 8^{ème} édition, p. 54 et s.

Pour une approche de cette question sous l'angle de la construction par la doctrine de l'objet « Conseil constitutionnel » : O. JOUANJAN, « Modèle et représentation de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus politicum, Revue internationale de droit politique*, n° 2, 2009, p. 7 et s.

¹¹ La Cour constitutionnelle fédérale allemande s'est auto-qualifiée d'« organe constitutionnel muni d'une autorité suprême », « situé à un tout autre niveau que l'ensemble des autres tribunaux », alors pourtant qu'elle est rangée en tant que pouvoir juridictionnel dans la loi fondamentale (*Status-Denkschrift* du 27 juin 1952, cité par O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, p. 77).

La question comprend une forte dimension politique et stratégique. Reconnaître la qualité d'institution constitutionnelle à la juridiction constitutionnelle conduit à la hisser au même niveau que les autres institutions, Parlement et gouvernement, tout en la dissociant des juridictions de droit commun.

¹² Sans défendre un tel point de vue, B. MATHIEU et M. VERPEAUX soutiennent cependant que « c'est le juge constitutionnel qui a contribué à forger l'existence d'un pouvoir juridictionnel, là où la Constitution n'instaurait qu'une autorité judiciaire » (*Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, Manuel, 2002, p. 358).

¹³ Nous laisserons ici de côté les controverses sur les différentes significations de la séparation des pouvoirs.

Voir cependant : M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, L.G.D.J., 1973, notamment pp. 19-21.

Voir également, sous la direction d'A. PARIENTE, *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, 153 p.

des deux autres pouvoirs. Il est alors bien un troisième pouvoir, équivalent aux deux autres¹⁴. Cette idée d'équivalence demeure - trop - indéterminée mais elle tend à reconnaître au juge une place et une fonction dans la logique des poids et contrepoids, chère à MONTESQUIEU, visant à ce que seul le pouvoir arrête le pouvoir. Le juge est un pouvoir par la faculté qu'il a d'*empêcher*¹⁵ et de *contrôler*¹⁶ les autres pouvoirs. Il est vrai que le pouvoir judiciaire de MONTESQUIEU n'est pas appréhendé en ce sens, en tant que « bouche de la loi » le juge n'est qu'une autorité. Toutefois, il est possible d'affirmer que lorsque le juge entre dans le jeu de l'équilibre des poids et contrepoids avec les autres pouvoirs, il en devient logiquement un lui aussi. D'emblée, la réflexion sur l'existence d'un « pouvoir » juridictionnel s'inscrit dans une perspective factuelle relativement indéterminée¹⁷, emprunte d'un fort symbolisme politique. L'incertitude qui en découle se vérifie lorsque l'on constate la relative variabilité des critères utilisés par la doctrine pour identifier un pouvoir juridictionnel.

Ceux-ci sont de plusieurs ordres. Un critère *a priori* inopérant doit être au préalable écarté : la *qualification constitutionnelle*. La consécration formelle dans la Constitution par l'utilisation de la formule « pouvoir judiciaire » ou « pouvoir juridictionnel », ou à l'inverse le refus d'une telle consécration par l'utilisation, par exemple, de la formule « autorité judiciaire », n'a aucune incidence sur l'existence d'un tel pouvoir. Ainsi, par exemple, tout en inscrivant dans la Constitution de 1791 la formule du « pouvoir judiciaire » (chapitre V), les constituants ont en réalité strictement encadré sa mission dans l'article 3 du même texte selon lequel : « les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions »¹⁸.

¹⁴ Voir cependant, proposant une séparation bipartite originale entre « le pouvoir politique composé de l'exécutif et du législatif d'une part, et le pouvoir juridictionnel d'autre part, au sein duquel le Conseil constitutionnel joue un rôle prééminent », tout en suggérant d'y ajouter un éventuel troisième pouvoir constitué par le peuple : A. PARIENTE, « Le Conseil constitutionnel et la théorie de la séparation des pouvoirs », in *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, *op. cit.*, spécial. p. 76.

Pour une approche en termes de majorité/opposition : L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX, G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 11^{ème} édition, 2008, p. 379 et s., § 513.

Pour une approche à partir de la distinction gouvernés/gouvernants, « la charte jurisprudentielle des droits et libertés constitutionnels symbolise l'espace des gouvernés, la loi l'espace des gouvernants » : D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : « quelle nécessité démocratique » ? », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, sous la direction de G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS, Economica, 1996, p. 367.

¹⁵ Voir par exemple pour une lecture en ce sens : E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, P.U.F., 2^{ème} édition, 1999, p. 338.

¹⁶ Voir par exemple : D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : « quelle nécessité démocratique » ? », *précit.*, p. 371.

C.-M. PIMENTEL utilise en ce sens l'expression de « juge de l'habilitation » c'est-à-dire « tout juge statuant sur les limites de la compétence de l'un des organes de l'Etat » (« De l'Etat de droit à l'Etat de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in *La séparation des pouvoirs*, *op. cit.*, p. 14).

¹⁷ D'où la question d'O. PFERSMANN, « A quoi bon un « pouvoir » judiciaire ? » (in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, études rassemblées par O. CAYLA et M.-F. RENOUX-ZAGAME, L.G.D.J., p. 181).

¹⁸ Qui reprend l'article 10 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790.

Le Doyen VEDEL a de manière particulièrement explicite posé des critères d'identification d'un pouvoir judiciaire. Il considère que l'« on ne peut parler de pouvoir judiciaire *stricto sensu* (...) qu'à deux conditions : la première est que les Cours et tribunaux et leurs membres ne relèvent que d'organismes purement professionnels ou en tout cas que l'intervention des Assemblées ou du Gouvernement soit très limitée ; la seconde que les Cours et tribunaux aient le droit de censurer les irrégularités juridiques dont seraient entachées les lois ou les décisions de l'exécutif »¹⁹. La première condition est une condition statutaire ; la seconde est fonctionnelle. Le contrôle de la régularité des lois, notamment, apparaît comme une condition de l'existence d'un « pouvoir » judiciaire. C'est d'ailleurs précisément pour éviter toute ambiguïté quant à la reconnaissance d'une telle compétence au profit des juridictions judiciaires que le constituant, selon l'une des lectures du processus constituant de 1958²⁰, a préféré utiliser l'expression d'autorité judiciaire dans la Constitution²¹. M. TROPER a parfaitement synthétisé les enjeux de cette problématique : « si l'on conçoit le pouvoir judiciaire comme spécialisé dans la solution des litiges par l'application de la loi, on se trouve en présence d'un dilemme : ou bien le juge applique bien la loi, mais on ne comprend pas comment il peut faire équilibre au pouvoir législatif ou bien il lui fait équilibre, mais on ne peut plus dire qu'il applique la loi et qu'il reste cantonné à sa fonction ». Ce dilemme ne peut être résolu que de deux manières en renonçant « ou bien à une conception de la fonction judiciaire comme simple application de la loi ou bien à l'idée qu'un équilibre serait possible »²². F. HOURQUEBIE identifie quant à lui trois critères utilisés par la doctrine à l'appui d'une lecture de la justice comme un pouvoir : le juge modère les autres pouvoirs constitutionnels, il exerce « une fonction politique, c'est-à-dire qu'il se dote d'un véritable pouvoir décisionnaire » et apparaît « en représentant de la volonté générale »²³. De manière synthétique, deux critères doctrinaux nous semblent être décisifs pour identifier un « pouvoir » juridictionnel, c'est-à-dire équivalent aux deux autres (législatif et exécutif) et permettant en conséquence de leur faire contrepoids : un critère objectif, le contrôle de régularité des lois, et un critère subjectif, l'existence d'un pouvoir créateur du juge.

La reconnaissance par la doctrine d'un pouvoir juridictionnel est d'abord fortement liée au modèle américain de séparation des pouvoirs et à l'existence d'un *contrôle de constitutionnalité des lois diffus*. La compétence reconnue à l'ensemble des juridictions pour contrôler la constitutionnalité des lois permet d'identifier un pouvoir judiciaire aux Etats-Unis. Le modèle américain est alors

¹⁹ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 1^{ère} édition 1949, réédition 2002, p. 562.

²⁰ Voir sur ces lectures : F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, *op. cit.*, p. 31 et s.

²¹ Voir en ce sens T. RENOUX, notamment dans : *Code constitutionnel*, avec M. DE VILLIERS, sous article 64 C, Litec, Juris Code, 2^{ème} édition, 2004, pp. 530-531 ; « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *Dalloz*, 1991, p. 169.

²² M. TROPER, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la révolution française », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Léviathan, PUF, 2001, p. 101.

²³ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence d'un contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, *op. cit.*, p. 43 et s.

opposé ou mis en perspective avec le modèle français²⁴, le premier consacrant un modèle tripartite, le second un modèle originellement bipartite, tendant à devenir tripartite²⁵. A partir de ce premier critère, il ne fait pas de doute qu'il existe un pouvoir juridictionnel en France. L'existence d'un contrôle de *conventionnalité* des lois diffus fait des juridictions de droit commun²⁶ l'expression d'un pouvoir juridictionnel. Le Conseil constitutionnel n'est pas le seul à apprécier la régularité des lois, les juridictions de droit commun le font également à partir de normes formellement différentes, et le feront également dans une certaine mesure, à partir des normes constitutionnelles, au moment de décider si l'exception d'inconstitutionnalité²⁷, soulevée devant elles, impose ou n'impose pas de renvoyer une question préjudicielle de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et, plus exactement, originalité française malheureuse, aux cours suprêmes de l'ordre juridictionnel auxquelles elles appartiennent²⁸.

Le *pouvoir créateur du juge* est ensuite pris en compte pour identifier un pouvoir juridictionnel sans toutefois que cet argument ne soit toujours totalement dissocié du précédent²⁹. La révolution juridique de la Cour suprême de 1803, avec l'arrêt *Marbury v. Madison*, posant sans texte sa compétence pour apprécier la constitutionnalité des lois fédérales, marque par exemple le point de départ de l'existence d'un pouvoir judiciaire aux Etats-Unis³⁰. Transposé à la France, le même raisonnement pourra reconnaître le Conseil constitutionnel comme un pouvoir juridictionnel avec la décision du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*³¹, elle aussi révolutionnaire d'un point de

²⁴ Voir : L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 11^{ème} édition, 2008, p. 379 et s., § 508 et s. ; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 287 et s.

²⁵ L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., § 512.

²⁶ Qu'il nous soit permis de ne pas rappeler ici cette jurisprudence connue et abondamment commentée.

²⁷ Les confusions souvent entretenues entre les termes « exception d'inconstitutionnalité » et « question préjudicielle de constitutionnalité » imposent un minimum de précision. Au sens procédural du terme, l'inconstitutionnalité de la loi est soulevée par la voie de l'exception dans un procès ordinaire quel que soit le modèle de justice constitutionnelle. Dans le modèle européen de justice constitutionnelle, parce qu'il existe un monopole du contrôle de constitutionnalité des lois confié à la Cour constitutionnelle, le juge devant lequel est soulevée l'exception est incompetent pour juger de cette exception. Il doit renvoyer la résolution de ce litige incident à la Cour constitutionnelle par une question préjudicielle. Dans le modèle américain, le juge du fond devant lequel l'exception est soulevée est habilité à résoudre ce procès incident.

²⁸ Dans un modèle de contrôle de constitutionnalité concentré, si la Cour constitutionnelle est seule habilitée à contrôler la constitutionnalité des lois, les juges du fond, lorsqu'une exception tirée de l'inconstitutionnalité de la loi est soulevée devant eux, sont maîtres de l'opportunité de poser ou de ne pas poser une question préjudicielle de constitutionnalité. Ils doivent apprécier en général un certain nombre de conditions de recevabilité pour pouvoir saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle et en particulier le caractère « sérieux » ou la « pertinence » de la question, ce qui implique un examen succinct et formel de la compatibilité de la loi avec la Constitution. Il est ainsi possible de soutenir qu'il existe un contrôle diffus de constitutionnalité dans le modèle de contrôle de constitutionnalité concentré, consécutif à l'existence d'une question préjudicielle de constitutionnalité, qui est exercé par les juridictions de droit commun.

²⁹ R. CARRE DE MALBERG considère par exemple que « la puissance juridictionnelle demeure inférieure à la puissance législative : car, d'une part, le juge – outre qu'il ne peut en aucune mesure contredire les lois en vigueur – n'est admis à créer du droit qu'à titre de décision particulière et individuelle, toute puissance de réglementation générale lui faisant défaut ; et d'autre part, il ne lui est permis de dégager une solution juridique originale, qu'autant que cela est nécessaire pour l'apaisement d'un litige dont il se trouve régulièrement saisi » (*Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Dalloz, réédition des deux tomes réunis 2004, T. 2, p. 120).

³⁰ Voir : L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, op. cit., § 509 ; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 297 et s.

³¹ Voir par exemple en ce sens : J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Domat Droit public, Montchrestien, 22^{ème} édition, 2008, p. 73.

vue juridique. De manière plus substantielle, l'étendue du pouvoir du juge, et en particulier son pouvoir créateur, sont pris en compte pour identifier l'existence d'un pouvoir juridictionnel, le spectre du « gouvernement des juges »³² n'étant pas loin. Le pouvoir de création du droit permet au juge de s'affirmer en tant que pouvoir susceptible de contrebalancer les autres pouvoirs³³. Le juge devient un pouvoir au sens politique du terme ce qui, compte tenu de sa fonction et selon une lecture doctrinale classique, paraît plutôt problématique³⁴. Malgré cette réticence traditionnelle, et sans entrer dans un débat théorique qui dépasse largement le cadre de cette étude, personne ne discutera du « pouvoir créateur » de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat lorsque ces juridictions suprêmes statuent *contra legem*³⁵ ou *extra legem*³⁶ ou de celui du Conseil constitutionnel lorsqu'il intègre dans les normes de référence de son contrôle des textes dont le constituant n'avait pas voulu³⁷. Un tel pouvoir se manifeste, *de facto* et non *de jure*, par la répétition d'une même interprétation générale d'un texte, qui conduit indirectement à poser des normes générales et abstraites³⁸ pour résoudre des litiges du même type. Depuis la décision *Liberté d'association*, et même si l'on peut considérer que l'interprétation du Conseil constitutionnel a été validée *a posteriori* par le pouvoir de révision constitutionnelle avec la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 intégrant la Charte de l'environnement de 2004 au Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, le contrôle de constitutionnalité est exercé en application de l'interprétation retenue en 1971 selon laquelle les textes mentionnés dans le Préambule de la Constitution de 1958 ont valeur constitutionnelle. De fait, jusqu'en 2005 au moins, l'interprétation du Préambule de 1958 s'est imposée au point que l'on peut tirer de la pratique constante du juge une règle générale et abstraite : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 s'imposent au législateur sous le contrôle du juge constitutionnel. A partir de ce second critère du pouvoir créateur du juge, il est encore difficile de ne pas reconnaître l'existence d'un pouvoir juridictionnel en France.

Selon les deux critères utilisés, il existe donc un pouvoir juridictionnel en France et le débat peut alors être considéré comme effectivement clos. Il reste que l'on peut ne pas se satisfaire de cette approche. Celle-ci ne permet pas de mesurer *in concreto* et donc de saisir l'existence d'un pouvoir juridictionnel. Cette dernière question demeure une question de fait, et seulement de fait, ayant

C.C., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, J.O.R.F., 18 juillet 1971, p. 7114.

³² Voir sur le « gouvernement des juges » : M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Léviathan, PUF, 2001, p. 231 et s.

³³ Voir en particulier : J. ROBERT, « La nation et ses juges », *R.D.P.*, n° 3, 2006, p. 547.

³⁴ Voir pour une perception en ce sens : G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 562.

³⁵ Pour ne citer que deux exemples tirés du *GAJA* : C.E., Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *Rec.*, p. 110 ; Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec.*, p. 426.

³⁶ Pour ne citer que deux exemples tirés du *GAJC*, respectivement pour la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du fait d'autrui : C. Cass., Ch. réun., 13 février 1930, *Veuve Jand'heur c. Les Galeries belfortaise*, DP 1930. 1. 57 ; Ass. plén., 29 mars 1991, *Association des centres éducatifs du Limousin et autre c. Consorts Blicke*, *Bull. civ.* n° 1, p. 1.

³⁷ C.C., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *précit.*

³⁸ Qui ne sont pas des normes juridiques puisqu'une norme du système, l'article 5 du Code civil en l'occurrence, interdit au juge de poser des normes générales et abstraites.

une dimension politique forte. Dès lors, l'équivalence du pouvoir juridictionnel par rapport aux autres pouvoirs peut s'apprécier à partir de la perception elle-même du premier par ces derniers. La manière dont est perçu le résultat de la mission de juger, et plus particulièrement la jurisprudence, par les organes titulaires du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, comme la manière dont ceux-ci réagissent face à celle-là constituent alors des éléments pertinents d'analyse. Sans doute cette approche conduit-elle à s'écarter d'une analyse strictement juridique pour appréhender des facteurs socio-politiques³⁹ et embrasser les regards du sociologue ou du politiste, mais elle nous en apparaît pas moins nécessaire⁴⁰. Il n'y a de pouvoir juridictionnel que s'il est possible d'en mesurer l'impact, *de facto* et non *de jure*, auprès des autres pouvoirs qui sont en mesure de le contrebalancer. Une recherche factuelle est ambitieuse car elle oblige à établir, au préalable, un protocole identifiant les critères pertinents susceptibles d'être retenus et la manière de les apprécier, et impose donc de poser une méthode d'appréciation de données factuelles. L'ampleur de la démarche est d'autant plus importante - démesurée ? - que la perception de la jurisprudence peut se mesurer auprès de différents opérateurs juridiques (membres du gouvernement, cabinets ministériels, administration(s), parlementaires, attachés parlementaires...), en fonction des décisions de chaque type de juridictions (administratives, judiciaires et constitutionnelle) et grâce à l'utilisation de techniques diverses (interview, sondage, consultation de documents internes, appréciation sur le terrain...).

Le domaine de recherche proposé ici est plus circonscrit. L'impact à apprécier sera exclusivement celui de la *jurisprudence du Conseil constitutionnel* appréciée à partir de la *procédure de révision constitutionnelle qui s'est achevée par la loi de révision du 23 juillet 2008*. Le moment choisi pour mesurer la perception de la jurisprudence constitutionnelle par les autres pouvoirs, en tant que résultat de la fonction de juger, est d'autant plus pertinent que c'est au cours de la procédure de révision que cette jurisprudence peut-être discutée sur son principe. C'est en effet dans le « lit de justice »⁴¹ du pouvoir de révision constitutionnelle que la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut être remise en cause ou, à l'inverse, même si cette dimension est peu étudiée⁴², peut être formalisée dans le texte de la Constitution. La procédure de révision est donc un moment privilégié pendant lequel l'impact de la jurisprudence peut être apprécié. L'efficacité de la jurisprudence constitutionnelle, c'est-à-dire les effets qu'elle est susceptible de produire en dehors de toute contrainte normative, est appréciable significativement devant le pouvoir de révision constitutionnelle au moment de discuter du contenu d'une révision constitutionnelle. La révision de 2008 est encore significative car elle s'inscrit dans un processus politique d'une ampleur inédite sur les modifications qu'il convient d'apporter à la V^{ème} République appréhendée dans son

³⁹ Voir en ce sens : Ph. ARDANT et B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, 20^{ème} édition, 2008, p. 586.

⁴⁰ Voir sur cette posture méthodologique : X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, § 39 et s. ; « En quoi le positivisme – normativisme - est-il diabolique ? », *R.T.D.Civ.*, n° 2, 2009, p. 278 et s.

⁴¹ Selon la métaphore du *lit de justice* de G. VEDEL : « si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts » (« Schengen et Maastricht », *R.F.D.A.*, 1992, p. 180).

⁴² (Re)voir à cet égard la citation en en-tête de cet article de R. BADINTER.

ensemble. Elle apparaît comme une révision-bilan d'autant plus symbolique qu'elle intervient à l'occasion du cinquantenaire de la Constitution du 4 octobre 1958. La place accordée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel au moment de procéder à une refonte de la V^{ème} République témoigne de sa place au sein des institutions républicaines en tant que juge chargé d'apprécier la constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel apparaîtra comme pouvoir juridictionnel car il est perçu et reconnu comme un aiguilleur⁴³ par le pouvoir de révision qui vient trancher en faveur ou à l'encontre de sa jurisprudence.

Reste à déterminer ce qui sera entendu par « procédure de révision ». Le point de départ sera constitué par le projet de loi de révision constitutionnelle adopté en Conseil des ministres le 23 avril 2008, celui d'arrivée par la loi de révision constitutionnelle adoptée par le Congrès le 23 juillet 2008. La recherche s'appuiera exclusivement sur des textes accessibles au public : projet de loi, exposé des motifs, rapports et débats parlementaires et loi constitutionnelle⁴⁴. A partir de ces différents documents, il s'agira d'identifier tous les cas dans lesquels la jurisprudence constitutionnelle, et plus exactement l'interprétation des normes constitutionnelles qu'elle contient, a servi de référence dans la discussion sur une proposition de modification du texte constitutionnel, que cette modification ait été ou n'ait pas été définitivement adoptée dans la loi de révision du 23 juillet 2008, et qu'elle ait pour objet soit de la contourner, soit de la formaliser dans la Constitution, soit encore, et seulement, de la prendre en compte. Seules les références à la *jurisprudence constitutionnelle* seront retenues et non pas toutes celles faites au *Conseil constitutionnel* lui-même et qui concernent en particulier sa composition⁴⁵ ou ses compétences⁴⁶.

Après examen de cet ensemble documentaire, un constat semble s'imposer, sans doute quelque peu biaisé par le regard du constitutionnaliste convaincu de la nécessité de sa discipline : la jurisprudence constitutionnelle est « banalisée » dans le discours politique. Elle est un élément de réflexion parmi d'autres mais, surtout, à égalité avec les autres. La révision constitutionnelle a pour objet d'améliorer le texte constitutionnel selon les vœux de la majorité au pouvoir, de modifier les pratiques des institutions, de renforcer les droits des citoyens mais également, et au même titre, de remettre en cause, de formaliser dans la Constitution ou de prendre en compte des interprétations jurisprudentielles du Conseil constitutionnel. Le réflexe constitutionnel, cher au Doyen FAVOREU, est ancré aussi bien du côté de l'exécutif que du pouvoir législatif. Au cours de la procédure de révision, la jurisprudence constitutionnelle a été prise en compte sur vingt-trois

⁴³ L'expression d'« aiguilleur » est de L. FAVOREU : « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *R.D.P.*, 1982, pp. 419-420 ; « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, pp. 578-579.

⁴⁴ Ces différents documents pouvant être consultés à partir de l'adresse internet suivante : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000018688554&type=general>.

⁴⁵ La présence des anciens Chefs de l'Etat au sein du Conseil constitutionnel a pu par exemple être discutée.

⁴⁶ Le Conseil constitutionnel s'est en effet vu reconnaître par la révision constitutionnelle un nombre significatif de compétences nouvelles dans le cadre des articles 11, 16, 39 et 61-1 de la Constitution.

Voir pour une présentation d'ensemble du Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : M. STEPHANINI, « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 », *R.F.D.C.*, n° 78, 2009, pp. 269-298.

thèmes différents⁴⁷ selon la perspective retenue. Sans fixer de seuil ou d'établir de données statistiques comparées, ce chiffre se révèle, à lui seul, significatif. La jurisprudence constitutionnelle est connue des autorités politiques et elle est à l'origine de propositions visant à modifier la Constitution. En ce sens, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a pour conséquence indirecte de réaffirmer ou de consacrer l'existence d'un pouvoir juridictionnel au profit du Conseil constitutionnel.

La diversité des interprétations jurisprudentielles abordées au cours de la procédure de révision est à la mesure de l'étendue des modifications constitutionnelles envisagées. La présentation synthétique n'en est que plus difficile alors que les trois objets du droit constitutionnel sont touchés : institutionnel, normatif et substantiel. Toutefois, il est possible d'organiser la réflexion autour de deux axes, qui permettent, par ailleurs, de mettre en avant le pouvoir juridictionnel dont le juge constitutionnel dispose selon l'un des critères précédemment établis, même si ces derniers n'ont pas été jugé pertinents pour apprécier l'existence d'un pouvoir juridictionnel. L'étendue du « pouvoir créateur » du juge constitutionnel dans l'établissement de sa jurisprudence peut être retenue à condition de préciser le sens donné à cette expression⁴⁸. Lorsque le Conseil constitutionnel donne la signification d'un énoncé constitutionnel et donc dégage la norme qu'il contient⁴⁹ afin d'apprécier la conformité à la Constitution des dispositions de loi qui lui sont déférées, il peut être aisé de rattacher la norme à l'énoncé ou, à l'inverse, il peut être pour le moins difficile de retrouver la norme posée à partir de l'énoncé constitutionnel. Dans la première situation, on dira que l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge constitutionnel, un pouvoir dont dispose en l'occurrence chaque juge au moment d'établir la signification d'un énoncé prescriptif pour résoudre le litige qui lui est soumis, est minimum ; dans la seconde, cette étendue est plus forte. Un tel découpage ne soulève pas de difficulté dans des cas extrêmes. Considérer que le pluralisme est un objectif de valeur constitutionnelle témoigne d'un pouvoir d'appréciation important, puisqu'aucune disposition constitutionnelle en vigueur, du moins avant la révision de 2008, ne consacre le pluralisme. Juger que la formule selon laquelle « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » ne s'applique que pour les mandats électoraux et les fonctions électives et non pour les responsabilités

⁴⁷ Voir tableau annexé.

⁴⁸ Voir sur *Le pouvoir normatif du juge constitutionnel* le dossier « Etudes et doctrine » des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008 et, en particulier, sur l'existence d'un tel pouvoir, les contributions de D. DE BECHILLON (p. 78 et s.) et de J. PINI (p. 81 et s.).

⁴⁹ Le juge constitutionnel, à l'instar de n'importe quel juge, doit pour résoudre le conflit normatif qui lui est soumis établir la signification des différents énoncés concernés, législatif et constitutionnel. Il doit en conséquence identifier les normes en présence. La norme est la signification d'un énoncé prescriptif et non pas cet énoncé. Lorsque le juge constitutionnel établit quelles sont les normes à confronter il ne le fait que pour résoudre la question qui lui est posée. Lorsqu'il donne la signification d'un énoncé constitutionnel en particulier, il ne pose pas une norme générale et abstraite, il n'est pas habilité à le faire par les normes du système, il ne fait que retenir la norme lui permettant de résoudre la question de conformité à la Constitution qui lui est posée. Le juge constitutionnel s'inscrit ainsi dans la procédure de concrétisation de la norme constitutionnelle générale et abstraite dont il doit donner la signification pour résoudre la question de la conformité à la Constitution des dispositions de loi qui lui sont déférées. Il ne participe pas à la procédure de production de la norme constitutionnelle. Certes, le Conseil constitutionnel intervient, du moins dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, dans la procédure de production de la *norme législative*, mais en aucun cas dans la procédure de production de la *norme constitutionnelle*.

professionnelles et sociales marque une fidélité « littérale » au texte constitutionnel. Dans des cas plus limites, la distinction peut paraître et apparaître, comme toute classification, discutable. Toujours est-il qu'il s'agira de classer chacune des jurisprudences visées dans la procédure dans l'une ou l'autre de ces situations même si, parfois, la frontière n'est pas toujours nette. Lorsque le Conseil constitutionnel n'utilise que faiblement de son pouvoir d'appréciation, il apparaît de manière stricte en sa figure d'aiguilleur, indiquant la voie normative valable pour pouvoir mettre en place tel ou tel autre dispositif. Dans de telles situations lorsque le Conseil constitutionnel explicite *stricto sensu* l'énoncé constitutionnel, le pouvoir de révision constitutionnelle n'a plus qu'à emprunter la voie de la révision constitutionnelle (§ I). Face à des explicitations *lato sensu* des énoncés constitutionnels, il réagit à l'interprétation constructive du Conseil constitutionnel (§ II). L'opposition entre la souplesse du « suivi » de la jurisprudence et la plus conflictuelle « réaction » à cette même jurisprudence, selon l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge, se vérifie d'ailleurs dans les débats parlementaires. L'agacement des parlementaires est parfois perceptible dans la seconde situation⁵⁰, alors que leur attitude est plus neutre dans la première.

§ I – L'emprunt de la voie constitutionnelle identifiée par le juge constitutionnel

Dans son rôle d'aiguilleur, le Conseil constitutionnel est en mesure de censurer l'utilisation de la voie législative ordinaire dans deux situations différentes. Il est possible que la Constitution ne prévoit une habilitation que dans un domaine particulier et que le législateur étende cette habilitation à un autre domaine et encourt, en conséquence, une censure du juge constitutionnel. Pour contourner cette censure, il suffit que le pouvoir de révision étende l'habilitation existante dans la Constitution au domaine non prévu initialement (§ I). Le législateur ordinaire peut ensuite prévoir un dispositif original qui se heurte frontalement à la Constitution dans une situation que celle-ci n'envisageait pas. Dans un tel cas, pour mettre en place ce dispositif, il est nécessaire d'inscrire une habilitation constitutionnelle originale dans le texte constitutionnel (§ II). La procédure de révision constitutionnelle de 2008 a connu ces deux situations.

A – L'extension des habilitations constitutionnelles existantes

Quatre propositions peuvent être considérées comme visant à étendre des habilitations constitutionnelles existantes face à des interprétations *stricto sensu* de la Constitution du juge constitutionnel.

⁵⁰ La jurisprudence du Conseil constitutionnel encadrant l'exercice du droit d'amendement, par exemple, est celle qui a fait l'objet des appréciations les plus sévères par les parlementaires, voir *infra*.

Tel est le cas en premier lieu de la compétence du Conseil constitutionnel pour *contrôler la constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle*. Une telle proposition provient des parlementaires et, plus exactement, des sénateurs. Elle est d'autant plus surprenante qu'elle est faite dans une enceinte parlementaire où la référence au « gouvernement des juges », si elle est sans doute moins prégnante aujourd'hui, n'en est pas moins toujours présente⁵¹. Par la voie d'un amendement, Michel CHARASSE a ainsi proposé d'étendre la compétence du Conseil constitutionnel prévue par l'article 61 alinéa 2 de la Constitution aux lois de révision constitutionnelle pour faire échec à la jurisprudence du Conseil constitutionnel issue de la décision du 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*⁵². Dans cette décision, le Conseil a en effet jugé qu'il ne tenait « 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 »⁵³. Cette incompétence du juge constitutionnel pour contrôler directement une loi de révision constitutionnelle, connue et abondamment commentée, se combine également avec une compétence indirecte, demeurée plus inaperçue, de ce même juge pour apprécier le caractère opératoire d'une loi de révision constitutionnelle intervenue précisément pour lever un obstacle constitutionnel préexistant, à l'occasion du contrôle d'une loi d'application de cette révision⁵⁴. Le sénateur à l'origine de cet amendement désirait que « la forme républicaine du gouvernement » puisse être préservée sous le contrôle du Conseil constitutionnel afin que soit sanctionnée la volonté du constituant de la mettre à l'abri de toute révision constitutionnelle (article 89 alinéa 5 de la Constitution). La confiance ainsi accordée au Conseil constitutionnel, en tant qu'organe garantissant le respect du droit, est significative, même si la compétence nouvelle envisagée pour le Conseil constitutionnel ne semblait devoir viser qu'une situation ponctuelle, elle-même issue de la procédure de révision. En effet, M. CHARASSE ne souhaitait pas que l'on révisé la Constitution pour permettre la ratification de la Charte européenne des langues régionales⁵⁵. Le contrôle du Conseil constitutionnel aurait permis de censurer une telle révision car elle est, selon lui, contraire à « la forme républicaine du

⁵¹ Voir par exemple : M. BOUVARD, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mardi 27 mai 2008, J. MYARD, Assemblée nationale, 1^{ère} séance du jeudi 29 mai 2008 ; J.-C. SANDRIER, Assemblée nationale, 1^{ère} séance du jeudi 29 mai 2008.

⁵² Amendement n° 28 rectifié, présenté par M. CHARASSE, N. GOULET et M. FORTASSIN, Sénat, Séance 24 juin 2008.

⁵³ C.C., n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, J.O.R.F., 29 mars 2003, p. 5570, cons. 2.

⁵⁴ Voir pour les décisions concernées : C.C., n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, J.O.R.F., 3 septembre 1992, p. 12095, cons. 19 ; n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie II*, J.O.R.F., 21 mars 1999, p. 4234, cons. 3 ; n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, *Quotas par sexe III*, J.O.R.F., 7 juillet 2000, p. 8564, cons. 6 ; n° 2003-478 DC du 30 juillet 2003, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, J.O.R.F., 2 août 2003, p. 13302, cons. 3 ; n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O.R.F., 2 mars 2004, p. 4220, cons. 8 ; n° 2004-503 DC, 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, J.O.R.F., 17 août 2004, p. 14648, cons. 9.

Voir pour une explication de ce contrôle indirect, l'introduction prochaine (?) de la bibliométrie dans l'évaluation des enseignants-chercheurs permettant de lever tout scrupule éventuel : X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *R.F.D.C.*, n° 59, 2004, p. 611 et s.

Voir pour une autre analyse de la portée de cette jurisprudence : L. FAVOREU, « Le Parlement constituant et le juge constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Pierre AVRIL. La République*, Montchrestien, 2001, pp. 240-242.

⁵⁵ Voir *infra*.

gouvernement ». Quelles que soient les bonnes dispositions des sénateurs vis-à-vis du Conseil constitutionnel, il est inutile de préciser que l'amendement ne sera pas adopté.

Les parlementaires ont préconisé en deuxième lieu l'extension des domaines dans lesquels « *la loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes* », selon les termes de l'ancien article 3 alinéa 5 de la Constitution. Ce choix a été proposé et retenu en première lecture par les députés. Il s'agissait d'introduire un douzième alinéa à l'article 34 de la Constitution selon lequel : « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles et sociales »⁵⁶. L'avenir de cette proposition est d'autant plus exemplaire qu'elle a été adoptée malgré les avis défavorables de la commission des lois et du gouvernement. Après intervention du Sénat, et selon les vœux du rapporteur de la commission des lois, J.-J. HYEST, en raison de l'extension de l'habilitation au-delà du seul domaine politique, l'alinéa 5 de l'article 3 sera supprimé et une nouvelle formule ajoutée à l'article premier de la Constitution : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ». Cette modification entend suivre l'explicitation qu'a faite le Conseil constitutionnel de l'ancien alinéa 5 de l'article 3 de la Constitution, conforme en l'occurrence à la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle qui avait introduit cette disposition dans la Constitution avec la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999.

Plusieurs décisions du Conseil constitutionnel ont cantonné cette disposition au domaine politique. Dans la décision du 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, le Conseil a jugé qu'il « *résulte tant des travaux parlementaires ayant conduit à leur adoption que de leur insertion dans* » l'article 3 de la Constitution, que les dispositions de son alinéa 5 « *ne s'appliquent qu'aux élections à des mandats et des fonctions politiques* »⁵⁷. Dans la décision du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, il suivra une même orientation, même si la solution adoptée pourrait apparaître plus souple. Il était saisi de dispositions relatives à la composition du jury se prononçant sur l'obtention de diplômes par la validation des acquis de l'expérience, qui précisent que cette composition « *concourt à une représentation équilibrée entre les hommes et les femmes* ». Cette disposition n'a pas été censurée mais elle a fait l'objet d'une réserve d'interprétation neutralisante. Le Conseil a jugé que ces dispositions « *ne fixent qu'un objectif de représentation équilibré entre les femmes et les hommes* » et qu'elles « *n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution [des] jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications* »⁵⁸. Les mesures visant à établir un équilibre entre les hommes et les femmes, en dehors de la vie politique, ne semblaient donc pouvoir être jugées conformes à la Constitution que si elles n'ont qu'une portée *indicative* et non *impérative*.

⁵⁶ Amendement n° 181 proposé par M.-J. ZIMMERMANN, Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 27 mai 2008.

⁵⁷ C.C., n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, J.O.R.F., 26 juin 2001, p. 10125, cons. 57.

⁵⁸ C.C., n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, J.O.R.F., 18 janvier 2002, p. 1053 cons. 115.

Le Conseil constitutionnel a confirmé sa jurisprudence en dernier lieu dans la décision du 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*. Il a rappelé le principe selon lequel « si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles [tirées des articles 1^{er} et 6 de la Déclaration de 1789, l'alinéa 3 du Préambule de 1946 et les articles 1^{er}, 3 alinéa 2 et 3 alinéa 5 de la Constitution de 1958], elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »⁵⁹. Il en déduit que « la Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes »⁶⁰. Le législateur ne pouvait donc pas imposer le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel et dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique. La loi relative à l'égalité salariale a également entendu favoriser un accès équilibré des femmes et des hommes aux différentes filières de formation professionnelle et d'apprentissage. Le juge émet sur les dispositions concernées une réserve d'interprétation restrictive. Il précise qu'elles « ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités »⁶¹. C'est explicitement pour mettre en échec cette dernière jurisprudence, seule cette dernière ayant d'ailleurs été évoquée dans les débats comme dans les rapports parlementaires, que M.-J. ZIMMERMANN, initiatrice de la modification constitutionnelle, a défendu son amendement en faveur de l'extension du domaine de la parité⁶².

L'ajout dans le troisième alinéa de l'article 34 d'une compétence au profit législateur pour ce qui concerne « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias » apparaît en troisième lieu relativement surprenante. L'extension du domaine de compétence du législateur « aux libertés » des médias paraît, pour le moins, surabondante. L'article 34 de la Constitution confère compétence au législateur pour établir « les garanties fondamentales accordées aux citoyen pour l'exercice des libertés publiques », au titre desquelles il faut compter la liberté de communication des pensées et des opinions reconnue par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. De plus, dès les premières décisions du Conseil constitutionnel concernant la liberté de la presse et la liberté de communication, l'étendue des libertés des médias et celle de la compétence législative pour les mettre en œuvre ont été fixées. Sans entrer dans les détails d'une jurisprudence dense et abondante, dans la décision des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, le Conseil constitutionnel a rejeté tout régime d'autorisation préalable en matière de presse⁶³, même si dans

⁵⁹ C.C., n° 2006-533 DC, 16 mars 2006, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, J.O.R.F., 24 mars 2006, p. 4446, cons. 15.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Loc. cit.*, cons. 18.

⁶² M.-J. ZIMMERMANN, Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 21 mai 2008.

⁶³ C.C., n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, J.O.R.F., 13 octobre 1984, p. 3200, cons. 66.

la décision du 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, il a admis, notamment en raison des contraintes techniques particulières existantes, un tel régime en matière d'audiovisuel⁶⁴. Le lien entre le pluralisme et la liberté de communication a ensuite été clairement explicité dans le sens d'une indépendance des médias. Dans la décision de 1984, le Conseil a jugé que « *la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents* ». Il ajoute « *qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* »⁶⁵. En matière de communication audiovisuelle, la formule adoptée est équivalente sous réserve de quelques adaptations : dans le secteur privé comme dans le secteur public, le public doit pouvoir disposer « *de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* » et doit être « *à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché* ». Des dispositifs anti-concentration, des mesures garantissant la transparence financière et, seulement en matière audiovisuelle, la création d'une autorité administrative indépendante contribuent à garantir le respect de ces objectifs.

Face à cette jurisprudence, constamment réaffirmée dans son équilibre général, la modification de l'article 34 de la Constitution est étonnante. Cette inscription dans l'article 34 de la Constitution des « libertés des médias » ne permet pas de reconnaître leur valeur constitutionnelle, mais seulement de consacrer la compétence du législateur pour en garantir l'exercice. Ce sont à l'origine des députés qui, en première lecture, ont déposé des amendements en vue d'inscrire les libertés des médias dans la Constitution. Ces tentatives ont toutes échoués. La création de la Commission présidée par Simone VEIL, chargée notamment de réfléchir sur le pluralisme des médias, comme l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle garantissant le respect de ces libertés ont plaidé en faveur du rejet de ces amendements⁶⁶. Devant le Sénat ensuite, en première lecture, on a pu constater une volonté de certains sénateurs de constitutionnaliser la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel en ajoutant après l'article 4 de la Constitution un nouvel article consacrant la valeur constitutionnelle des libertés des médias⁶⁷. Le fait que ces libertés faisaient déjà l'objet d'une protection par le juge était totalement assumé mais, face à un certain

⁶⁴ C.C., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, J.O.R.F., 19 septembre 1986, p. 11294, cons. 9.

⁶⁵ C.C., n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *précitée*, cons. 38.

⁶⁶ Voir pour une synthèse : rapport n° 1009, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle modifié par le Sénat, J.-L. WARSMANN, 2 juillet 2008, p. 92 et s.

⁶⁷ Article selon lequel : « Les moyens de communication, écrite, audiovisuelle, radiophonique et numérique concourent, par leur pluralisme, à la libre expression et la libre communication des pensées et des opinions. La loi garantit leur indépendance et met en place les règles limitant les concentrations, assurant la transparence des entreprises de communication et les relations entre les propriétaires de ces entreprises et l'État ». Amendement n° 423 rectifié, présenté par MM. FRIMAT, ASSOULINE, BADINTER, BEL, COLLOMBAT, DREYFUS-SCHMIDT, C. GAUTIER, MAUROY, PEYRONNET, SUEUR, YUNG et les membres du groupe Socialiste, apparentés et rattachés, Séant, séance du 19 juin 2008.

nombre d'inquiétudes relatives aux risques d'intervention de l'exécutif auprès des médias, il a été jugé nécessaire de renforcer cette protection en formalisant les principes généraux dans le texte fondamental. L'amendement ne sera pas adopté par le Sénat. Après cet échec, les mêmes sénateurs ont proposé un amendement de repli⁶⁸, modifiant l'article 34 de la Constitution dans les termes qui seront retenus en dernier lieu. L'inutilité de cette précision relative à la répartition du domaine de la loi et du règlement, qui résultait déjà du droit positif existant, a été soulignée par la garde des sceaux et l'a conduite à émettre un avis défavorable à cet amendement. Celui-ci n'en fût pas moins adopté. La peur évoquée par M. CHARASSE de voir certains domaines de la réglementation relative aux médias, aujourd'hui régis essentiellement par la loi, déclassés a peut-être contribué à plaider en faveur de cet amendement⁶⁹. La portée n'en apparaît pas moins essentiellement symbolique.

Le dernier domaine qui mérite d'être examiné concerne l'extension de l'*obligation de transmission des projets ou propositions d'actes communautaires au Parlement* et, par voie de conséquence, l'étendue du pouvoir d'adopter des résolutions sur de tels actes pour les parlementaires. Avant la révision, seuls les actes communautaires comportant des « dispositions de nature législative » faisaient l'objet d'une obligation de transmission, les autres actes, et notamment les documents provenant d'institutions communautaires, pouvaient, de manière facultative, être transmis. L'étendue de l'obligation de transmission était déterminante car les résolutions ne pouvaient être adoptées que sur les actes ayant été transmis. Dans le projet de loi de révision constitutionnelle, le gouvernement a étendu cette obligation de transmission, et donc de manière corrélative le pouvoir d'adopter des résolutions, à tous les projets et propositions d'acte communautaire, des résolutions pouvant être par ailleurs adoptées sur tout « document » émanant d'une institution communautaire⁷⁰. La jurisprudence constitutionnelle n'apparaît pas dans les motifs du projet de loi et aucune trace de celle-ci ne se trouve dans les rapports parlementaires ou dans les débats. Une telle jurisprudence existe toutefois. Le Conseil constitutionnel a veillé en particulier à ce que le règlement des assemblées, habilité par la Constitution à prévoir les modalités d'application de l'article 88-4, respecte bien les prescriptions de ce dernier. Il a jugé en particulier que les modalités d'application de cette disposition « *ne sauraient créer à l'égard du Gouvernement l'obligation de transmettre au Sénat des propositions d'actes communautaires qu'il considérerait ne pas comporter de dispositions de nature législative conformément au premier alinéa de l'article 88-4 de la Constitution* »⁷¹.

B – La mise en place de nouvelles habilitations

⁶⁸ Amendement n° 455, Sénat, séance du 20 juin 2008.

⁶⁹ M. CHARASSE, Sénat, séance du 20 juin 2008.

⁷⁰ Qu'ils aient ou qu'ils n'aient pas été transmis au Parlement par le Gouvernement. La possibilité pour ce dernier de transmettre de tels documents au Parlement a été supprimée, libérant ainsi la capacité du Parlement de se prononcer sur n'importe quel document communautaire.

⁷¹ C.C., n° 92-315 DC, 12 janvier 1993, *J.O.R.F.*, 14 janvier 1993, p. 777, cons. 13 et 14.

L'inscription de nouvelles habilitations dans le texte constitutionnel au profit du pouvoir législatif vise, en principe, à remettre en cause la jurisprudence constitutionnelle. Face à une censure d'un dispositif législatif prononcée par le juge, le pouvoir de révision constitutionnelle intervient pour autoriser la mise en place de ce dispositif. Au cours de la procédure de révision, trois situations peuvent directement rattachées à cette hypothèse ; deux autres s'y apparentent. Dans le premier cas, il s'agit de remettre en cause directement la jurisprudence constitutionnelle (a), dans le second, seulement de prendre en compte indirectement cette jurisprudence (b). La mise en place de nouvelles habilitations suit alors des indications contenues dans la jurisprudence constitutionnelle sans pour autant les remettre en cause.

a) *La remise en cause directe de la jurisprudence constitutionnelle*

La faculté générale pour le Parlement d'adopter des *résolutions* (article 34-1 nouveau), la *possibilité pour les anciens membres du gouvernement de retrouver leur siège de parlementaire* (article 25 alinéa 2 *in fine* nouveau) et la reconnaissance d'un *statut à l'opposition et aux minorités politiques* (articles 4 dernier alinéa nouveau et 51-1 nouveau) sont des réactions directes à des censures du juge constitutionnel.

Concernant les *résolutions*, le Conseil constitutionnel a, dès l'adoption des règlements des assemblées en 1959, strictement délimité leur pouvoir d'adopter des résolutions. Dans la décision du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, et dans celle du 25 juin 1959, *Règlement du Sénat*, il a ainsi jugé que les résolutions adoptées par les assemblées ne peuvent avoir que pour objet « *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 [des assemblées], auxquelles il conviendrait éventuellement d'ajouter les seuls cas expressément prévus par des textes constitutionnels et organiques* »⁷². En d'autres termes, les résolutions ne peuvent concerner que les mesures d'ordre intérieur aux assemblées (fonctionnement et discipline) ou ne peuvent intervenir que lorsque la Constitution ou la loi organique prévoit l'adoption de résolution.

C'est à l'initiative du gouvernement qu'un pouvoir « général » d'adopter des résolutions a été reconnu aux assemblées, dans un article 34-1 nouveau de la Constitution, selon les modalités fixées par le règlement de chacune d'entre-elles. L'Assemblée nationale, sur proposition de la commission des lois, supprimera en première lecture ce dispositif. La commission des lois du Sénat proposera sa réintroduction afin de développer la fonction tribunitienne du Parlement. Le pouvoir d'adopter des résolutions apparaît également comme un moyen de contrebalancer la censure par le Conseil constitutionnel des dispositions législatives dépourvues de portée normative⁷³. De la sorte, ce que le Parlement ne peut plus faire par la loi, il pourra le faire par

⁷² C.C., n° 59-2 DC, 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, J.O.R.F., 3 juillet 1959, p. 6642 ; n° 59-3 DC, 25 juin 1959, *Règlement du Sénat*, J.O.R.F., 3 juillet 1959, p. 6643.

⁷³ Voir sur cette jurisprudence *infra*.

l'adoption de résolutions⁷⁴. Le texte adopté par la chambre haute se différencie cependant du projet gouvernemental sur deux points. Ce n'est plus dans le cadre fixé par les règlements des assemblées que celles-ci peuvent adopter des résolutions, mais dans le cadre posé par une loi organique. Le niveau hiérarchique du texte d'encadrement de l'exercice du pouvoir d'adopter des résolutions est plus élevé. De plus, le Sénat, pour se conformer à la jurisprudence constitutionnelle sur cette question⁷⁵, a ajouté que les résolutions ne sauraient avoir pour objet, directement ou indirectement, de mettre en cause la responsabilité du gouvernement. La rédaction définitive de l'article 34-1 de la Constitution résultera du passage devant l'Assemblée nationale en seconde lecture. Tout en maintenant le renvoi à la loi organique, l'Assemblée, suivant l'amendement proposé en ce sens par le gouvernement en commission, a encadré strictement l'adoption des résolutions au regard des conséquences qu'elles pourraient emporter vis-à-vis du gouvernement. Ce dernier dispose de la maîtrise de la procédure, puisqu'il peut déclarer l'irrecevabilité d'une proposition de résolution ou refuser son inscription à l'ordre du jour. Les motifs susceptibles de justifier l'irrecevabilité sont doubles : soit la résolution est de nature à mettre en cause sa responsabilité, soit elle contient des injonctions à son égard.

L'attribution de *droits particuliers à l'opposition* par le règlement de l'Assemblée nationale avait fait l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel dans la décision du 22 juin 2006, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*. La modification du règlement de l'assemblée déferée au juge constitutionnel obligeait les présidents de groupe à déclarer à la présidence leur groupe comme appartenant à la majorité ou à l'opposition. En cas de contestation faite par l'un des présidents de groupe, le bureau tranchait. Des conséquences pratiques étaient tirées de cette déclaration d'appartenance. Les groupes ayant déclaré appartenir à l'opposition pouvaient obtenir de plein droit, pour leurs membres, la présentation de rapports sur la mise en application des lois ainsi que la fonction de président ou de rapporteur au sein des commissions d'enquête et des missions d'information. Pour le Conseil constitutionnel, les modalités retenues de déclaration méconnaissent le premier alinéa de l'article 4 de la Constitution et donc, sans que le juge constitutionnel ne l'explique, la liberté de formation des partis politiques et le libre exercice de leur activité. De plus, selon le juge constitutionnel, les conséquences attachées à cette déclaration instaurent « *entre les groupes une différence de traitement injustifiée* »⁷⁶. Non seulement, il n'est pas possible d'obliger un groupe parlementaire à se déclarer de la majorité ou de l'opposition, mais le fait d'appartenir à l'opposition ne justifie pas l'attribution de droits spécifiques à un groupe qui s'en réclamerait.

⁷⁴ Voir pour une approche en ce sens des résolutions qui permettront d'adopter des dispositions à « caractère déclaratoire » dépourvues de « caractère normatif », sans que la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à de telles dispositions ne soit toutefois citée : M. J.-J. HYEY, Sénat, séance du 20 juin 2008, voir également le rapport de ce sénateur au nom de la commission des lois, n° 387, 11 juin 2008, p. 114, J.-P. SUEUR, Sénat, séance du 20 juin 2008 ; avec une référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel : J.-F. VOGUET, Sénat, séance du 20 juin 2008.

⁷⁵ Le Conseil constitutionnel juge en effet de manière constante que la responsabilité du gouvernement ne peut être mise en cause « *que dans les conditions et suivant les procédures fixées par [les] articles 49 et 50* » de la Constitution (C.C., n° 59-2 DC, 24 juin 1959 *Règlement de l'Assemblée nationale, précit.*).

⁷⁶ C.C., n° 2006-537 DC, 22 juin 2006, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, J.O.R.F., 27 juin 2006, p. 9647, cons. 13.

Face à cette jurisprudence, et dans le prolongement des orientations fixées par le Chef de l'Etat, le gouvernement a initié une double modification constitutionnelle. Sur le fond, un nouvel alinéa à l'article 4 de la Constitution est proposé selon lequel « des droits particuliers peuvent être reconnus par la loi aux partis et groupements politiques qui n'ont pas déclaré soutenir le Gouvernement ». Est ainsi permise l'attribution de droits spécifiques à l'opposition. Sur la forme ensuite, l'ajout d'un article 51-1 à la Constitution prévoyant que « le règlement de chaque assemblée détermine les droits respectifs des groupes parlementaires selon qu'ils ont ou non déclaré soutenir le Gouvernement ». L'habilitation est ici une habilitation normative, une compétence conférée aux règlements des assemblées pour accorder des droits particuliers à l'opposition. Le gouvernement a également ajouté et prévu un droit spécifique. Il concerne la maîtrise de l'ordre du jour devant les assemblées. L'alinéa 4 du nouvel article 48 de la Constitution proposé par le gouvernement prévoit en effet qu'« un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par la conférence des présidents à l'initiative des groupes parlementaires qui ne déclarent pas soutenir le Gouvernement ».

Le principe de la double modification sera maintenu par les chambres ; seules les formulations des énoncés changeront. La commission des lois de l'Assemblée nationale est à l'origine de plusieurs modifications. Elle a proposé en particulier que soit supprimée de l'article 4 nouveau la formule de déclaration de soutien au gouvernement, trop restrictive, pour y substituer une formule plus large⁷⁷, permettant également la reconnaissance de droits au profit des « minorités », aussi bien au niveau national qu'au niveau local. La commission retira cependant cet amendement au profit d'un autre, présenté en séance par un député, garantissant le principe général selon lequel « *la loi garantit la participation des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation* ». L'amendement fut adopté. Il permet d'inscrire dans l'article 4 de la Constitution le principe général garantissant à tous les partis et groupements, et donc pas seulement aux partis politiques, au niveau national comme au niveau local, une participation à la vie démocratique. De son côté, l'article 51-1 devient une déclinaison du principe général posé à l'article 4 de la Constitution, qui ne concerne que les groupes parlementaires et qui, en conséquence, a été légèrement modifié par l'Assemblée. Il ne s'agit plus seulement d'habiliter les règlements des assemblées à intervenir pour accorder des droits aux groupes parlementaires, mais également de permettre l'attribution de droits spécifiques au profit de groupes n'ayant pas déclaré leur appartenance à la majorité. La mention de « droits spécifiques » contenue dans l'article 4 du projet initial, supprimée par l'Assemblée nationale, se retrouve ainsi dans l'article 51-1. La commission des lois du Sénat ajoutera à l'article 4 la référence au pluralisme avec la formule « dans le respect du pluralisme ». L'énoncé définitif de l'article 4 nouveau de la Constitution sera adopté en seconde lecture par l'Assemblée nationale qui, sur proposition de la commission des lois, complétera la référence au

⁷⁷ Amendement n° 42 adopté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale : « Des droits spécifiques peuvent être reconnus par la loi aux partis et groupements politiques qui ne participent pas de la majorité dans les assemblées délibérantes ».

pluralisme⁷⁸ par une mention de l'équité. Concernant l'article 51-1, c'est le Sénat qui, en première lecture, substituera à l'expression adoptée par l'Assemblée nationale, se référant aux groupes ayant « déclaré participer de la majorité de l'assemblée concernée », celles de « groupes d'opposition » et de « groupes minoritaires » comme pouvant se voir reconnaître des droits spécifiques. Le bénéfice de droits spécifiques pourra être ainsi accordé de manière plus souple et plus étendue. La mise en échec de la jurisprudence constitutionnelle a une portée large. Elle permet une reconnaissance différenciée des partis et groupes politiques en vue de garantir une expression pluraliste des opinions, selon un principe de participation équitable. Les partis ne sont pas les seuls visés puisque les groupes politiques le sont également. Si le niveau national et celui local sont concernés, on peut également penser que les principes posés par l'article 4 dépassent les seuls lieux officiels d'exercice du pouvoir comme les assemblées locales. Pour ce qui concerne plus spécifiquement les assemblées parlementaires, tant l'opposition que les minorités se voient reconnaître la possibilité d'obtenir des droits spécifiques, au premier titre desquels, une maîtrise de l'ordre du jour constitutionnellement garantie.

Le retour au Parlement des anciens membres du gouvernement faisait partie des mesures préconisées par le Chef de l'Etat dans la lettre de mission adressée au Comité BALLADUR. Tout naturellement, cette possibilité a été introduite par le gouvernement dans le projet de loi. Le projet de loi initial intègre dans l'article 25 alinéa 2 de la Constitution une incise permettant à une loi organique de fixer les conditions dans lesquelles il est procédé au remplacement temporaire des députés ou sénateurs acceptant des fonctions gouvernementales. En 1974, un projet de loi constitutionnelle avait déjà été déposé en ce sens. Les assemblées se mirent d'accord sur le même texte, mais le Congrès ne sera jamais réuni pour se prononcer sur le texte⁷⁹. En 1977, la même réforme fut introduite par la voie organique et censurée par le Conseil constitutionnel. Les lois organiques contrôlées concernaient les députés et les sénateurs remplacés pour cause d'acceptation de fonctions gouvernementales ou de membre du Conseil constitutionnel ou pour cause de prolongation au-delà de six mois d'une mission temporaire confiée par le Gouvernement. Après cessation de ces fonctions ou mission, elles leur ouvraient la faculté de reprendre l'exercice de leur mandat dans le cas de décès ou de démission de leur remplaçant. Le Conseil a jugé qu'« en précisant que le parlementaire dont le siège est devenu vacant est remplacé jusqu'au renouvellement général ou partiel de l'assemblée à laquelle il appartenait, l'article 25 a entendu donner au remplacement un caractère définitif ». Il en résulte que lorsqu'un député ou un sénateur « est remplacé pour cause d'acceptation d'une fonction ou mission incompatible avec son mandat », il « perd définitivement sa qualité de membre du Parlement et ne saurait la retrouver qu'à la suite d'une nouvelle élection ». En conséquence, en « prévoyant que ce député ou sénateur, lorsqu'a cessé la cause de l'incompatibilité, a la faculté de succéder à son remplaçant décédé ou démissionnaire, sans qu'il soit recouru à l'élection », les dispositions en cause de la loi organique sont contraires à la Constitution⁸⁰. La voie de la révision constitutionnelle s'imposait donc.

⁷⁸ Sur cette consécration du pluralisme en matière politique voir *infra*.

⁷⁹ Voir le rapport J.-J. HYEST, *précité*, p. 98.

⁸⁰ C.C., n° 77-80/81 DC, 5 juillet 1977, *Lois organiques complétant les articles L.O. 176, L.O. 319 et L.O. 320 du code électoral (remplacement des députés et des sénateurs)*, J.O.R.F., 6 juillet 1977, p. 3561, cons. 4.

L'épilogue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cette question se situe après la révision constitutionnelle de 2008, au moment du contrôle de la loi organique d'application de l'article 25 de la Constitution dans sa nouvelle rédaction. Parmi les règles présidant au remplacement temporaire des députés et sénateurs ayant accepté des fonctions gouvernementales, la loi organique prévoyait en particulier que « si le parlementaire qui a accepté des fonctions gouvernementales renonce à reprendre l'exercice de son mandat avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation de ces fonctions, son remplacement devient définitif ». Elle offrait la possibilité au parlementaire de renoncer à récupérer son mandat de parlementaire à l'issue de l'exercice de ses fonctions de membres du gouvernement. De manière assez savoureuse, alors qu'en 1977 la loi organique est censurée en prévoyant un remplacement *temporaire* parce que la Constitution prévoit qu'il est *définitif*, dans la décision du 8 janvier 2009, le Conseil constitutionnel censure la possibilité offerte au membre du gouvernement de renoncer de manière *définitive* au mandat car les dispositions constitutionnelles nouvelles ne prévoient qu'un remplacement *temporaire*⁸¹. En effet, l'article 25 nouveau se réfère au « remplacement temporaire » ; or, si l'ancien membre du gouvernement renonce à récupérer son mandat de parlementaire son remplacement devient définitif. La Constitution, qui interdisait le retour au Parlement d'un membre du gouvernement, l'oblige désormais à le faire. Il n'est pas certain que ce soit ce qu'aient voulu le Chef de l'Etat et le gouvernement.

b) La prise en compte indirecte de la jurisprudence constitutionnelle

Trois références à la jurisprudence constitutionnelle peuvent encore être rattachées à un cas de création d'une nouvelle habilitation : la question sensible du *découpage électoral*, l'inscription des *langues régionales* dans la Constitution et l'affirmation dans le Préambule de la Constitution de l'*opposabilité des droits fondamentaux*.

Sur le premier point, un constat s'impose. Le dernier *découpage électoral* des circonscriptions pour les élections législatives date de la loi électorale du 24 novembre 1986, alors que l'article L 125 alinéa 2 du Code électoral impose une révision régulière des limites des circonscriptions en fonction de l'évolution démographique. L'année du dernier découpage, 1986, est cependant trompeuse puisque c'est à partir des bases démographiques issues du recensement de 1982 que celui-ci a été réalisé. La situation est donc particulièrement problématique. Aussi le Conseil constitutionnel est-il intervenu à plusieurs reprises pour alerter le législateur sur l'impérieuse nécessité de procéder à un nouveau découpage électoral. Il a notamment pris position dans les observations qu'il formule à l'issue des contentieux électoraux qu'il a connus. Dans ses observations du 15 mai 2003, relatives aux élections législatives de juin 2002, il remarque que « deux recensements généraux, intervenus en 1990 et 1999, ont mis en lumière des disparités de représentation peu

⁸¹ C.C., n° 2008-572 DC, 8 janvier 2009, *Loi organique portant application de l'article 25 de la Constitution*, J.O.R.F., 14 janvier 2009, p. 723, cons. 7 et 8.

compatibles avec les dispositions combinées de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et des articles 3 et 24 de la Constitution », pour en conclure qu'il incombe « donc au législateur de modifier ce découpage »⁸². En 2008, dans ses observations sur les élections législatives de 2007, le Conseil constitutionnel se veut plus tranchant. Il relève en particulier qu'il « a été saisi de nombreuses requêtes faisant valoir que la répartition actuelle des sièges de députés entre circonscriptions ne reposait plus sur des « bases essentiellement démographiques », en violation du principe d'égalité devant le suffrage »⁸³. Alors qu'il a émis une réserve d'interprétation s'appuyant sur l'intervention du prochain redécoupage des circonscriptions électorales⁸⁴, il constate une nouvelle fois qu'il « est désormais impératif de procéder à ce découpage ». Entre ces deux observations, le Conseil constitutionnel s'était d'ailleurs saisi d'office de la question en 2005, et de manière préventive en vue des échéances de 2007, afin d'inviter le législateur à procéder au remodelage des circonscriptions⁸⁵. Le message a été entendu par le Chef de l'Etat qui a même proposé dans sa lettre d'orientation du 12 novembre 2007 de « faire du redécoupage régulier des circonscriptions une exigence constitutionnelle et prévoir l'avis d'une commission indépendante ». De ces deux orientations, seule la seconde aura été retenue dans le projet de loi initial (ajout d'un alinéa 3 à l'article 25 de la Constitution). Aucune obligation constitutionnelle de redécoupage n'est prévue ce qui préserve la liberté du législateur et évite des situations complexes, notamment au contentieux, tirées de ce que le législateur n'aurait éventuellement pas respecté une telle obligation. La création d'une commission indépendante n'apparaît pas comme une réaction directe aux remarques du Conseil constitutionnel, qui ne relèvent d'ailleurs pas de sa « jurisprudence », mais elle concrétise un accompagnement de la procédure de redécoupage électoral. Il ne s'agit que d'une obligation procédurale, la consultation d'une commission indépendante qui rend un avis public sur les propositions de découpage ou de répartition des sièges, mais qui tend de manière indirecte et souple à placer cette question au sein du texte constitutionnel. Les rappels à l'ordre du Conseil constitutionnel ont d'ailleurs été mentionnés dans les rapports parlementaires⁸⁶ et dans les débats⁸⁷. La participation d'une commission à une telle procédure n'est pas totalement originale. Une commission avait en effet été créée lors de la dernière réforme en 2003 du régime électoral du Sénat et en 1986 pour le découpage des circonscriptions électorales pour les élections législatives⁸⁸. La pratique est désormais obligatoire et constitutionnalisée. L'énoncé original n'a subi que deux légères modifications. La première a consisté à élargir les textes devant donner lieu à un avis. Sont concernés les projets de textes, et donc éventuellement les projets d'ordonnance, et les propositions de loi. La seconde modification a consisté à clairement distinguer l'intervention de la commission pour ce qui concerne, d'une

⁸² C.C., Observations du 15 mai 2003 relatives aux élections législatives des 9 et 16 juin 2002, J.O.R.F., 21 mai 2003, p. 8694.

⁸³ C.C., Observations du 29 mai 2008 relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2007, J.O.R.F., 4 juin 2008, p. 9205.

⁸⁴ C.C., n° 2007-546 DC, 15 février 2007, Loi organique portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, J.O.R.F., 22 février 2007, p. 3252, cons. 7.

⁸⁵ C.C., Observations du 7 juillet 2005 sur les échéances électorales de 2007, J.O.R.F., 8 juillet 2005, p. 11259.

⁸⁶ Rapport n° 892, J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, p. 220 et s. ; Rapport n° 387, J.-J. HYEST, Sénat, p. 100.

⁸⁷ Voir par exemple : J. MYART, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du lundi 26 mai 2008 ; J. CHARTIER, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mardi 27 mai 2008.

⁸⁸ Voir le rapport J.-J. HYEST précité pp. 99-100.

part, la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés et, d'autre part, la modification de la répartition des sièges de députés ou de sénateurs.

L'inscription des *langues régionales* dans la Constitution provient à l'origine de l'Assemblée nationale, devant laquelle ont été déposés, en première lecture lors de la séance du 22 mai 2008, deux amendements de N. MAMERE⁸⁹ et, surtout, un amendement de la commission des lois. Ce dernier amendement, qui sera adopté, retient la formule selon laquelle « les langues régionales appartiennent [au] patrimoine » de la République. Cet énoncé trouve une place symbolique dans la Constitution puisqu'il est inséré dans son article 1^{er}.

La raison d'être de cette référence varie si l'on s'en tient aux éclairages des parlementaires. Pour N. MAMERE, il s'agit de permettre la ratification de la Charte des langues régionales et minoritaires, déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans la décision du 15 juin 1999⁹⁰. Selon le rapporteur de la Commission des lois, cette référence est symbolique, elle « vise à introduire dans notre Constitution la richesse que constitue le patrimoine des langues régionales en affirmant à l'article 1^{er} de notre Constitution, qui pose les principes auxquels la France est attachée, que ces langues appartiennent au patrimoine de notre pays »⁹¹. Le rapporteur prend d'ailleurs soin de neutraliser toute conséquence juridique éventuelle à cette reconnaissance : « nous voulons (...) marquer l'attachement de la France à ce patrimoine sans pour autant créer un droit pour les particuliers d'exiger de la part des administrations l'usage d'une autre langue que le français ou des droits spécifiques pour des groupes ». Il a pu également être mentionné que cette inscription dans la Constitution n'avait aucun lien avec la Charte des langues régionales et minoritaires⁹². Selon une lecture toute autre, F. BAYROU a considéré que cette référence permettrait de « régler un problème technique né d'une mauvaise interprétation du premier alinéa de l'article 2 - « La langue de la République est le français » -, qui a donné lieu à une jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel hostile aux langues régionales »⁹³. Malgré le maintien de cette disposition par la commission des lois du Sénat, ce dernier la supprimera⁹⁴. M. CHARASSE, défendant l'un des amendements de suppression, résumera parfaitement l'ambiguïté de cette référence : « soit il ne sert à rien de l'inscrire dans la Constitution puisque l'on peut parvenir au même résultat par d'autres voies législatives, soit quelque chose d'inavouable se cache derrière » et, en particulier, la volonté de contourner la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la Charte des langues régionales. La commission des lois de l'Assemblée nationale a réintroduit la référence aux langues régionales à une place moins éminente et, surtout, moins symbolique dans la Constitution, dans le titre consacré aux collectivités territoriales en ajoutant

⁸⁹ N. MAMERE, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 22 mai 2008.

⁹⁰ C.C., n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales et minoritaires*, J.O.R.F., 18 juin 1999, p. 8964.

⁹¹ J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 22 mai 2008.

⁹² C. GOASGUEN, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 22 mai 2008.

⁹³ F. BAYROU, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 22 mai 2008.

⁹⁴ Sénat, séance du 18 juin 2008.

un article 75-1. Le rapport de la Commission des lois est clair sur l'« innocuité » de la référence aux langues régionales. Elle ne permet ni de « créer de droits au profit des locuteurs et promoteurs des langues régionales autres que ceux dont ils bénéficient déjà », ni d'autoriser la ratification de la Charte des langues régionales, ni de « remettre en cause le principe de l'usage du français dans la vie publique, ni de permettre que l'usage des langues régionales dans la vie publique devienne un droit », ni « de reconnaître à des groupes de personnes des droits particuliers en matière linguistique », ni, enfin, de remettre en question la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux langues régionales⁹⁵. Celle-ci s'articule autour de deux questions : l'usage du français par les personnes publiques et les organismes privés chargés de la gestion d'un service public et l'enseignement des langues régionales à l'école.

Sur la première question, la décision du 29 juillet 1994, *Loi Toubon*, a posé les prémisses de la jurisprudence concernant l'étendue de la compétence du législateur pour imposer l'usage du français. En s'appuyant sur l'article 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il est « loisible au législateur d'imposer dans les cas et conditions qu'il a prévus l'usage de la langue française »⁹⁶. Il reconnaît en particulier que le législateur pouvait imposer « aux personnes morales de droit public comme aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public l'usage obligatoire d'une terminologie officielle »⁹⁷. Dans la décision du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, il précise la portée de l'article 2 de la Constitution, face à une disposition de loi qui, tout en reconnaissant que le français était la langue officielle, permettait l'utilisation de la langue tahitienne et des autres langues polynésiennes. Il émet une réserve d'interprétation constructive en jugeant que la référence au français comme « la langue officielle » « doit s'entendre comme imposant en Polynésie française l'usage du français aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public, ainsi qu'aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics »⁹⁸.

S'agissant de l'enseignement des langues régionales, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a été fixée dans la décision du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, avant même que ne soit introduite dans la Constitution la formule selon laquelle « la langue de la république est le français ». Pour garantir le principe d'égalité, l'enseignement des langues régionales à l'école doit revêtir un caractère facultatif et ne pas soustraire « les élèves scolarisés dans les établissements de la collectivité territoriale de Corse aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci »⁹⁹. Cette position a été réaffirmée dans la décision du 9 avril 1996, *Loi portant autonomie de la Polynésie française*¹⁰⁰ et dans celle du 17 janvier 2002, *Loi relative à la*

⁹⁵ Rapport n° 1009 J.-P. WARSMANN, précité, pp. 53-54.

⁹⁶ C.C., n° 94-345 DC, 29 juillet 2004, *Loi Toubon*, J.O.R.F., 2 août 1994, p. 11240, cons. 7.

⁹⁷ *Loc. cit.*, cons. 8.

⁹⁸ C.C., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O.R.F., 13 avril 1996, p. 5724, cons. 90.

⁹⁹ C.C., n° 91-290 DC, 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, J.O.R.F., 14 mai 1991, p. 6350, cons. 37.

¹⁰⁰ C.C., n° 96-373 DC, 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, précité, cons. 92.

Corse¹⁰¹. Dans cette dernière décision, il a ajouté que l'absence de caractère obligatoire de l'enseignement d'une langue régionale concerne non seulement les élèves mais également les enseignants¹⁰². En outre, le Conseil constitutionnel a précisé que le caractère facultatif de l'enseignement des langues régionales devait s'entendre tant « dans son principe que dans ses modalités de mise en œuvre »¹⁰³. Enfin, dans la décision du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, il a indiqué que selon l'article 2 de la Constitution « l'usage d'une langue autre que le français ne peut être imposé aux élèves des établissements de l'enseignement public ni dans la vie de l'établissement, ni dans l'enseignement des disciplines autres que celles de la langue considérée »¹⁰⁴.

Face à l'innocuité affirmée de l'article 75-1 de la Constitution, le commentateur ne peut se soustraire à une interrogation légitime : pourquoi cette disposition a-t-elle alors été introduite dans le texte fondamental ? Il semble que ce soit seulement pour couvrir d'un point de vue constitutionnel un prochain projet de loi, annoncé par la Ministre de la culture et de la communication, C. ALBANEL, « donnant une forme institutionnelle au patrimoine linguistique de la nation »¹⁰⁵. A suivre cette logique, tout en respectant la volonté du pouvoir de révision constitutionnelle et en tenant pour acquise l'intention de la ministre de ne pas remettre en cause *sur le fond* la jurisprudence constitutionnelle, la référence aux langues régionales ne serait donc qu'une « révision préventive » pour éviter que le Conseil constitutionnel ne censure, *sur le principe même*, l'adoption d'une loi sur le « patrimoine linguistique de la nation »¹⁰⁶. Ajoutons encore, qu'en tout état de cause, l'énoncé de l'article 75-1 de la Constitution est seulement déclaratif et non prescriptif¹⁰⁷ et, pour paraphraser la jurisprudence constitutionnelle, qu'il n'énonce donc pas de règle et n'a pas de portée normative¹⁰⁸. Il est vrai que le Conseil constitutionnel a déjà dégagé des normes à partir d'énoncés constitutionnels déclaratifs¹⁰⁹, mais la volonté clairement affichée du pouvoir de révision constitutionnelle semble devoir faire obstacle à une démarche constructive pour l'article 75-1. De plus, en opportunité, une telle démarche est d'autant plus improbable qu'elle conduirait le juge constitutionnel à remettre en cause sa propre jurisprudence.

¹⁰¹ C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse*, J.O.R.F., 23 janvier 2002, p. 1526, cons. 24.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Loc. cit.*, cons. 25.

¹⁰⁴ C.C., n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, J.O.R.F., 29 décembre 2001, p. 21159, cons. 49.

¹⁰⁵ Voir : V. BERTILE, « Les langues régionales entrent dans la Constitution », Blog Français de Droit Constitutionnel, 27 août 2008, <http://www.bfdc.org/article-22289449.html>.

¹⁰⁶ Voir également en ce sens : M. VERPEAUX, « La reconnaissance constitutionnelle des langues régionales. (L'article 75-1 de la Constitution) », *L.P.A.*, 19 décembre 2008, p. 124.

¹⁰⁷ Voir : C. LAVIALLE, « Du nominalisme juridique. Le nouvel article 75-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *R.F.D.A.*, 2008, p. 1110.

¹⁰⁸ Voir *infra*, sur la jurisprudence constitutionnelle exigeant que la loi doit énoncer des règles et doit être revêtue d'une portée impérative.

¹⁰⁹ Pensons en particulier à l'obligation constitutionnelle de transposition des directives tirée de l'article 88-1 de la Constitution, voir : C.C., n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O.R.F., 22 juin 2004, p. 11182, cons. 7 (décision de principe).

Envisageant l'« audace » éventuelle du Conseil constitutionnel le conduisant à dégager de nouveaux droits à partir de l'article 75-1 de la Constitution : A. ROBLOT-TROZIER, « L'impact de la révision constitutionnelle sur les droits et libertés », *A.J.D.A.*, 2008, p. 1866.

Une dernière illustration mérite notre attention. Elle concerne l'*opposabilité des droits fondamentaux*. Une proposition originale en ce sens d'ajout d'un alinéa 2 au Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 est issue d'un amendement présenté en première lecture devant le Sénat, selon lequel : « Les droits fondamentaux sont indivisibles et sont des droits opposables. Tout résident sur le territoire français peut demander et obtenir de la puissance publique le respect de ces droits ». Non sans un certain nombre d'approximations et de confusions, notamment entre la valeur et la portée des droits fondamentaux, la principale défenderesse de l'amendement entendait conférer aux droits consacrés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 une portée effective. Pour N. BORVO COHEN-SEAT en effet, « la jurisprudence du Conseil constitutionnel a ôté toute valeur juridique contraignante aux droits économiques et sociaux proclamés par le préambule de 1946. Ils sont de simples « objectifs à valeur constitutionnelle » »¹¹⁰. Son initiative restera sans succès.

L'emprunt « pacifique » par le pouvoir de révision constitutionnelle de la voie normative tracée par le Conseil constitutionnel n'est pas la seule attitude que l'on peut constater de la part de ce pouvoir. De manière plus conflictuelle, ce dernier réagit parfois également à l'interprétation constructive de dispositions constitutionnelles à laquelle procède le Conseil constitutionnel.

§ II – La réaction à l'interprétation constructive du juge constitutionnel

La référence à une « interprétation constructive du juge constitutionnel » ne traduit aucune appréciation morale ou politique en faveur ou à l'encontre de l'attitude du juge. Elle entend seulement désigner les interprétations du texte constitutionnel, données par le juge constitutionnel afin de résoudre la question de constitutionnalité soulevée devant lui, qui apparaissent comme constructives par rapport à la signification littérale de la disposition interprétée. Face à de telles interprétations, l'attitude du pouvoir de révision constitutionnelle oscille autour de deux orientations : la remise en cause de la jurisprudence (B) ou, au contraire, la formalisation constitutionnelle de celle-ci (A). Dans cette dernière hypothèse, l'interprétation du juge constitutionnel, sa doctrine, deviendra¹¹¹, grâce au pouvoir de révision constitutionnelle, une norme générale et abstraite. L'exemple le plus significatif résulte de la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 qui, en intégrant la Charte de l'environnement de 2004 au Préambule de la Constitution de 1958, a validé *a posteriori* la jurisprudence du Conseil constitutionnel issue de la

¹¹⁰ Sénat, séance du 18 juin 2008.

¹¹¹ Seul le dispositif d'une décision de justice pose une norme individuelle et concrète, les motifs ne formalisent que la motivation et le raisonnement sur lesquels s'appuie le juge pour poser cette norme individuelle et concrète. Les motifs n'ont donc aucune valeur juridique, c'est pourquoi ils peuvent être considérés comme exprimant la doctrine du juge. Voir pour une telle lecture : X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, *op. cit.*, § 170 et s.

décision *Liberté d'association*¹¹². La remise en cause de la jurisprudence constitutionnelle semble s'inscrire dans un mouvement plus naturel et classique de remise en cause de la jurisprudence du juge dès qu'il sort de son rôle pour « créer du droit ». Il n'y a d'ailleurs pas à s'étonner de constater que les exemples de cette dernière situation (remise en cause) sont plus nombreux que ceux de la première (formalisation).

A – La formalisation de la jurisprudence constitutionnelle

La formalisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par le pouvoir de révision constitutionnelle marque une reconnaissance par ce dernier de l'interprétation constitutionnelle donnée par le premier. Le juge constitutionnel est un initiateur involontaire de la modification constitutionnelle. L'interprétation de la Constitution qu'il a proposée est considérée comme tellement importante par le pouvoir de révision qu'elle mérite d'être formalisée dans le texte fondamental. Deux domaines sont concernés : les droits fondamentaux (a) et le droit budgétaire dans un sens large (b).

a) En matière de droits fondamentaux

Au titre des droits fondamentaux, l'inscription du *pluralisme* dans le texte constitutionnel est symbolique. Le pluralisme est considéré par le juge constitutionnel comme « l'un des fondements de la démocratie »¹¹³ en matière politique et comme « l'une des conditions de la démocratie »¹¹⁴ en matière audiovisuelle, en écho à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui reconnaît le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, comme les trois attributs de la société démocratique¹¹⁵. Dans la jurisprudence constitutionnelle, le pluralisme revêt des dénominations, des qualifications et des contenus différents selon qu'il s'applique en matière de presse, de communication audiovisuelle ou en matière politique. Il est ainsi associé aux « courants d'idées et d'opinions » en matière politique¹¹⁶, aux « quotidiens d'information politique et

¹¹² On peut également considérer que la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République formalise dans la Constitution plusieurs principes tirés de la jurisprudence constitutionnelle : le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales (C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002 *Statut de la Corse*, J.O.R.F., 23 janvier 2002, p. 1526, cons. 10 et s.), l'interdiction d'une tutelle entre collectivités territoriales (C.C., n° 2001-454 DC, 17 janvier 2002 *Statut de la Corse, précit.*, cons. 7) et l'exigence de ressources propres de ces collectivités (C.C., n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Dispositions fiscales rétroactives*, J.O.R.F., 26 juillet 1991, p. 9920, cons. 38).

¹¹³ C.C., n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, J.O.R.F., 8 décembre 2007, p. 19905, cons. 12. Pour des formulations équivalentes antérieures : C.C. n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Ammistie des parlementaires*, J.O.R.F., 13 janvier 1990, p. 573, cons. 12 ; n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, J.O.R.F., 12 avril 2003, p. 6493, cons. n° 12.

¹¹⁴ C.C. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, J.O.R.F., 19 septembre 1986, p. 11294, cons. 11.

¹¹⁵ C.E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72, § 49.

Le Conseil d'Etat a récemment surenchéri en affirmant que « le pluralisme des courants de pensée et d'opinion, dont le pluralisme de l'expression politique est une composante, est l'une des conditions de la liberté ainsi garantie et de la démocratie » (Ass., 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, R.F.D.A., n° 2, 2009, p. 351).

¹¹⁶ C.C. n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Ammistie des parlementaires, précit.*, cons. 12.

générale » en matière de presse ¹¹⁷ ou encore aux « courants d'expression socioculturels » en matière de communication audiovisuelle ¹¹⁸. Il est qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle dans ces derniers domaines et de « principe » ¹¹⁹ ou d'« exigence » ¹²⁰ dans le premier. Le contenu du pluralisme est également variable. Il est un *pluralisme externe* visant à préserver un nombre suffisant de quotidiens nationaux et régionaux en matière de presse et un pluralisme à la fois *externe*, existence d'un secteur privé et d'un secteur public, et *interne*, par le contenu des programmes, en matière de communication. En matière politique, il tend à limiter la liberté du législateur lorsqu'il fixe les règles électorales tendant à favoriser la constitution d'une majorité stable et cohérente et, en particulier, lorsqu'il prévoit des seuils de représentativité dans les modes de scrutin ¹²¹.

La volonté d'inscrire le pluralisme dans la Constitution s'est manifestée dans le domaine des médias et dans le domaine politique. Concernant les médias, certains parlementaires avaient défendu dans un premier temps le principe d'une consécration constitutionnelle du pluralisme en tant que tel, avant de devoir se replier, face à l'opposition notamment des rapporteurs et de la Ministre garde des sceaux, sur une référence au pluralisme dans l'article 34 de la Constitution donnant compétence au législateur pour « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias » ¹²². Le changement de statut du pluralisme est considérable. L'article 34 ne règle que la question de la compétence du législateur. Il ne fixe aucune borne à son action, il se contente de l'habiliter à intervenir. Or, non seulement le législateur était déjà compétent au titre des garanties fondamentales d'exercice des libertés publiques, mais la consécration constitutionnelle reste en deçà des exigences constitutionnelles posées par le Conseil constitutionnel. Le pluralisme est en effet un objectif de valeur constitutionnelle qui, quels que soient les débats sur les faibles contraintes que cette catégorie de normes constitutionnelles ferait peser sur le législateur, oblige le législateur dans le domaine de l'audiovisuel et de la presse à adopter des mesures en vue de le préserver. L'action du législateur est finalisée et s'inscrit dans la logique des obligations positives qui sont à sa charge pour garantir la liberté de communication, consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le pluralisme en matière de liberté de communication s'insère, en tant qu'objectif à valeur constitutionnelle, dans une perspective

¹¹⁷ C.C. n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec., p. 78, cons. 38.

¹¹⁸ Voir par exemple : C.C. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, précit., cons. 11.

¹¹⁹ C.C., n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, précit., cons. 12.

¹²⁰ C.C. n° 89-271 DC, 11 janvier 1990, *Ammistie des parlementaires*, précit., cons. 12.

¹²¹ C.C., n° 2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, précit., cons. 11 et s. ; C.C., n° 2004-490 DC, 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, J.O.R.F., 2 mars 2004, p. 4220, cons. 82 et s. ; n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, précit., cons. 12 et s.

¹²² Voir *supra*.

d'efficacité de l'action du législateur, qui doit permettre d'assurer la garantie effective de cette exigence¹²³.

La révision de 2008 a réservé un meilleur sort au pluralisme en matière politique. La référence à ce terme s'inscrit dans la volonté d'accorder un statut à l'opposition et résulte d'une proposition de la commission des lois du Sénat. Le pluralisme sera constitutionnalisé en matière politique dans l'article 4 de la Constitution à partir d'une formulation proche de celle du Conseil constitutionnel : « expressions pluralistes des opinions ». Le législateur est contraint par l'énoncé constitutionnel de garantir une telle expression. De ce point de vue, la constitutionnalisation du pluralisme en matière politique s'est faite à « jurisprudence constante ».

La discussion devant les deux chambres autour de l'inscription du *principe de non-rétroactivité* dans la Constitution a été empreinte d'un certain nombre d'ambiguïtés. C'est un amendement d'un député, adopté par la Commission des lois, qui est à l'origine de la discussion. Il prévoyait d'inscrire au premier alinéa de l'article 34 que, sauf motif déterminant d'intérêt général, la loi ne dispose que pour l'avenir. L'Assemblée nationale adopta en première lecture cet amendement. Il fut supprimé par le Sénat, conformément à une proposition de la commission des lois. Réintroduit en deuxième lecture devant l'Assemblée nationale, il ne sera pas adopté face aux oppositions du rapporteur de la commission des lois et du gouvernement¹²⁴.

Les auteurs de l'amendement souhaitaient intégrer dans la Constitution les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁵ et celles, en substance identiques, du Conseil constitutionnel¹²⁶. L'ambiguïté du débat a pour origine une certaine lecture de la proposition d'inscription du principe de la non-rétroactivité des lois, sauf motif d'intérêt général. Cette proposition a pu être interprétée comme une reconnaissance du principe de rétroactivité de la loi non seulement pour les lois en général mais également pour les lois pénales¹²⁷, ce qui est, dans ce dernier cas, proscrit par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Pour être clair, cette lecture de l'amendement est liée à l'inquiétude des parlementaires face à la volonté du Chef de l'Etat¹²⁸, suite à la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008, *Loi relative à*

¹²³ Voir en ce sens : B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? », *R.F.D.C.*, n° 21, 1995, p. 68.

¹²⁴ Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 9 juillet 2008.

¹²⁵ C.E.D.H., 23 octobre 1997, *National & provincial building society, Leeds permanent building society et Yorkshire building society c. Royaume-Uni*, Aff. n° 21319/93, 21449/93 et 21675/93.

¹²⁶ Voir en ce sens : J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 27 mai 2008.

¹²⁷ Voir en ce sens : C. GOASGEN, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du 27 mai 2008 ; Rapport J.-J. HYEST, *précité*, p. 106.

¹²⁸ Voir sur cette question : P. JAN, « Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût », *A.J.D.A.*, 2008, p. 714.

la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹²⁹, de mettre à mal le principe de non-rétroactivité des lois en matière pénale¹³⁰.

Le Conseil constitutionnel est longtemps resté cantonné à une application stricte de la Constitution en considérant que le principe de non-rétroactivité des lois ne s'imposait constitutionnellement qu'en matière pénale¹³¹. Il a ensuite étendu la portée de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au domaine répressif dans un sens large en englobant « toute sanction revêtant le caractère d'une punition »¹³². Il a pu ainsi se référer parfois au « principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions »¹³³. Il a cependant fait évoluer sa jurisprudence qui, sans aller jusqu'à consacrer un principe général de non-rétroactivité des lois en tant que principe constitutionnel, le protège néanmoins¹³⁴. Dans la décision du 18 décembre 1998, le Conseil constitutionnel a jugé « que le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que, néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »¹³⁵. L'exigence d'un « motif d'intérêt général suffisant » implique un contrôle de proportionnalité au regard de l'atteinte portée à la situation des contribuables. Cette jurisprudence, formulée à propos de dispositions fiscales, semble pouvoir être retenue comme transposable de manière générale à n'importe quelle loi. C'est d'ailleurs en ce sens que les auteurs de l'amendement ont compris la jurisprudence constitutionnelle et pour cette raison qu'ils ont souhaité la formaliser dans la Constitution. Ils ont cependant également entendu rendre celle-ci plus restrictive. Il ne s'agit plus d'exiger seulement un « intérêt général suffisant », mais un « motif déterminant d'intérêt général ».

La référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'état d'urgence est quelque peu anecdotique même si elle mérite d'être mentionnée. Dans la décision du 18 janvier 1985, *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur la question de

¹²⁹ C.C., n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, J.O.R.F., 26 février 2008, p. 3272, cons. 8 et s.

¹³⁰ Voir : E. ASSASSI, Sénat, séance du 17 juin 2008 ; A. BOUMEDIENE-THIERY, Sénat, séance du 20 juin 2009.

¹³¹ C.C., n° 80-126 DC, 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981*, J.O.R.F., 31 décembre 1980, p. 3242, cons. 8.

¹³² C.C., n° 82-155 DC, 30 décembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, J.O.R.F., 31 décembre 1982, p. 4034, cons. 33.

¹³³ C.C., n° 97-390 DC, 19 novembre 1997, *Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française*, J.O.R.F., 25 novembre 1997, p. 17020, cons. 3 ; n° 99-425 DC, 29 décembre 1999, *Loi de finances rectificative pour 1999*, J.O.R.F., 31 décembre 1999, p. 20012, cons. 8.

¹³⁴ Ambiguïté qui est l'expression du pouvoir créateur indénié du juge constitutionnel sur cette question alors qu'il n'existe aucune disposition constitutionnelle garantissant d'une manière générale la non-rétroactivité des lois.

¹³⁵ C.C., n° 98-404 DC, 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, J.O.R.F., 27 décembre 1998, p. 19663, cons. 5.

Voir en particulier sous cette décision, soutenant que cette « nouvelle » solution « résulte en fait d'une jurisprudence annoncée, plus que d'une véritable révolution » : B. MATHIEU, « Rétroactivité des lois fiscales et sécurité juridique : l'application concrète d'un principe implicite. Observations à propos de la décision 98-404 DC du 18 décembre 1998 du Conseil constitutionnel », R.F.D.A., 1999, p. 89 et s.

savoir si la consécration par l'article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958 de l'état de siège n'avait pas *ipso facto* abrogé le régime de l'état de siège établi par la loi du 3 avril 1955. Il a jugé que « *si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence* » et « *qu'ainsi, la Constitution du 4 octobre 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence* »¹³⁶. Dans le prolongement des propositions du Comité BALLADUR¹³⁷, un amendement a été proposé en première lecture devant l'Assemblée nationale afin de constitutionnaliser l'état de siège dans l'article 36 de la Constitution. A cette occasion, la jurisprudence du Conseil a été mentionnée comme ayant généré un vide dans la Constitution, tiré de l'absence d'inscription dans la Constitution de l'état de siège, qu'il convenait de combler¹³⁸. L'amendement ne sera pas adopté.

b) En matière budgétaire

En matière budgétaire, deux principes jurisprudentiels ont été en voie d'être constitutionnalisés, seul le premier l'ayant été finalement : le *principe de sincérité des comptes* et l'*indépendance de la Cour des comptes*. La discussion de ces deux principes s'est faite à l'occasion de l'examen de ce qui deviendra l'article 47-2 nouveau de la Constitution, relatif à l'assistance de la Cour des comptes au Parlement dans le contrôle de l'action du gouvernement. Au Sénat, en première lecture, un amendement a été déposé afin de consacrer dans la Constitution le principe de sincérité des comptes de l'Etat et de la sécurité sociale¹³⁹. Il s'agissait de constitutionnaliser des principes contenus aujourd'hui dans des lois organiques, celle du 1^{er} août 2001 (LOLF) relative aux lois de finances et celle du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale.

S'il est fait référence à la jurisprudence constitutionnelle en vue de la constitutionnaliser, la différence entre *sincérité budgétaire* et *sincérité des comptes* n'est pas clairement établie par les parlementaires. Or, si le Conseil constitutionnel a bien « constitutionnalisé » le premier principe, ce n'est pas le cas du second. La doctrine a pu néanmoins considérer que le second, la sincérité des comptes, découlait du premier, la sincérité budgétaire¹⁴⁰. Le principe de sincérité budgétaire a acquis de manière détournée et discrète une place dans le contentieux financier devant le Conseil constitutionnel à partir des griefs invoqués par les requérants. Dans la décision du 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993*¹⁴¹, le juge constitutionnel accepte de répondre à ce grief

¹³⁶ C.C., n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, J.O.R.F., 26 janvier 1985, p. 1137, cons. 4.

¹³⁷ Proposition n° 10.

¹³⁸ Amendement n° 516, J.-J. URVOAS, Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 27 mai 2008.

¹³⁹ Amendement n° 303 rectifié, J. ARTHUIS, Sénat, séance du 23 juin 2008.

¹⁴⁰ Voir en ce sens : J.-P. CAMBY, *La réforme du budget de l'Etat. La loi organique relative aux lois de finances*, L.G.D.J., Systèmes Droit, 2^{ème} édition, 2004, p. 209 et s. Selon cet auteur, la « vérité des comptes » est le troisième de degré d'exigence du principe de sincérité budgétaire (p. 210-211).

¹⁴¹ C.C., n° 93-320 DC, 21 juin 1993, *Loi de finances rectificative pour 1993*, J.O.R.F., 23 juin 1993, p. 8869, cons. 22 et s. (décision de principe). Voir cependant antérieurement : C.C., n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, J.O.R.F., 30 décembre 1983, p. 3871, cons. 12.

considéré comme « un motif d'inconstitutionnalité »¹⁴². Le principe de sincérité budgétaire n'a pourtant pas été consacré de manière explicite comme un principe constitutionnel. La situation peut-être résumée à partir d'une formule d'un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel : « sans nul doute la sincérité des prévisions budgétaires, en recettes comme en dépenses, est-elle une exigence constitutionnelle, puisqu'elle conditionne le respect du principe du consentement à l'impôt inscrit à l'article 14 de la Déclaration de 1789. Sa méconnaissance peut donc fonder une censure de la loi de finances »¹⁴³. Aujourd'hui, il est inscrit dans l'article 32 de la loi organique du 1^{er} août 2001. L'inclusion du principe de sincérité dans la loi organique ne conduit pas pour autant à une constitutionnalisation du principe. Certes, la loi organique sur les lois de finances est une norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois de finances, en application de l'article 34 de la Constitution¹⁴⁴. Formellement pourtant, la loi organique est... une loi organique, elle n'a donc pas valeur constitutionnelle¹⁴⁵.

La signification des principes de sincérité est demeurée longtemps relativement indéterminée¹⁴⁶. L'examen de la constitutionnalité des lois organiques financières a permis au Conseil constitutionnel de la préciser. A propos des finances de l'Etat, le Conseil constitutionnel a apporté des précisions sur la portée de ce principe dans la décision du 25 juillet 2001 sur ce qui deviendra la LOLF. La *sincérité budgétaire* n'a d'ailleurs pas la même signification que la *sincérité des comptes*. Dans le premier cas, pour « *la loi de finances de l'année, des lois de finances rectificatives et des lois particulières prises selon les procédures d'urgence prévues à l'article 45, la sincérité se caractérise par l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre déterminé par la loi de finances* » ; dans le second, « *la sincérité de la loi de règlement s'entend en outre comme imposant l'exactitude des comptes* »¹⁴⁷. Selon une même orientation, dans la décision du 29 juillet 2005, le Conseil constitutionnel a considéré, lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi organique sur les lois de financement de la sécurité sociale, que « *s'agissant des conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale pour l'année en cours et l'année à venir, la sincérité se caractérise par l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de cet équilibre ; que, s'agissant de la partie de la loi de financement de l'année relative au dernier exercice clos, la sincérité s'entend comme imposant l'exactitude des comptes* »¹⁴⁸.

Le lien entre le principe de sincérité des comptes de l'Etat et la jurisprudence constitutionnelle n'est donc pas si évident qu'il y paraît. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence du Conseil

¹⁴² L. FAVOREU, L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Grands arrêts, 14^{ème} édition, 2007, 48.13.

¹⁴³ J.-E. SCHOETTL, « Loi de finances initiale pour 2000 », *A.J.D.A.*, 2000, p. 37.

¹⁴⁴ « Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat *dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* » (nous soulignons).

¹⁴⁵ Certains sénateurs font d'ailleurs clairement la différence, voir : N. BRICQ, Sénat, séance du 16 juillet 2008.

¹⁴⁶ Voir en ce sens, soulignant que « la sincérité est une notion insuffisamment définie » : D. LANDBECK, « La notion de sincérité en finances publiques », *R.F.D.A.*, 2002, p. 798.

¹⁴⁷ C.C., n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances*, *J.O.R.F.*, 2 août 2001, p. 12490, cons. 60 et cons. 61.

¹⁴⁸ C.C., n° 2005-519 DC, 29 juillet 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, *J.O.R.F.*, 3 août 2005, p. 12661, cons. 6.

constitutionnel est mentionnée dans les débats¹⁴⁹ et dans les rapports parlementaires¹⁵⁰. L'interprétation qu'il retient de la sincérité est apparue comme importante au moment du choix de constitutionnaliser ce principe.

La consécration formelle dans la Constitution de l'*indépendance de la Cour des comptes* a été envisagée en première lecture devant le Sénat par un amendement déposé par M. CHARASSE¹⁵¹. Ce dernier entendait insérer dans la Constitution l'indépendance de la Cour des comptes reconnue par le Conseil constitutionnel dans la décision du 25 juillet 2001, *Loi organique sur les lois de finances*¹⁵². L'inutilité d'une telle consécration a été soulevée par ceux qui y étaient opposés¹⁵³ à partir d'une argumentation déjà utilisée à l'encontre d'autres amendements. Cette argumentation a le mérite de la simplicité : puisque l'indépendance de la Cour des comptes est reconnue par le Conseil constitutionnel, il n'est pas nécessaire de l'inscrire dans la Constitution. Nous avons pu constater qu'un tel argument n'avait pas toujours emporté la conviction des parlementaires, à propos du pluralisme par exemple. Pour l'indépendance de la Cour des comptes, l'argument aura convaincu l'auteur de l'amendement qui renoncera à l'inscription de l'indépendance de la Cour des comptes dans la Constitution.

B – La remise en cause de la jurisprudence constitutionnelle

La remise en cause de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par le pouvoir de révision constitutionnelle est au cœur de sa légitimité. Le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot¹⁵⁴. En présence d'une interprétation que le corps politique souhaite modifier, il revient au pouvoir de révision constitutionnelle de trancher. La situation est conflictuelle entre le Conseil constitutionnel et les autres pouvoirs, ces derniers souhaitant maintenir le dispositif qu'ils envisageaient malgré la censure. La voie de la révision constitutionnelle devra être empruntée pour dépasser cette censure en introduisant de nouvelles habilitations dans la Constitution. La démarche n'est ni nouvelle, ni originale¹⁵⁵. Elle s'enrichit de nouveaux exemples avec la révision

¹⁴⁹ R. KAROUTCHI, Sénat, séance du 23 juin 2008.

¹⁵⁰ Rapport n° 1009 WARSMANN, *précit.*, p. 149.

¹⁵¹ Amendement n° 26 rectifié *bis*, M. CHARASSE, Sénat, séance du 23 juin 2008.

¹⁵² C.C., n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, *Loi organique relative aux lois de finances, précit.*, cons. 105 et 106.

¹⁵³ J.-J. HYEST et R. KAROUTCHI, Sénat, séance du 23 juin 2008.

¹⁵⁴ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, n° 2, p. 557 et s.

¹⁵⁵ En dehors des révisions constitutionnelles consécutives à des décisions du Conseil constitutionnel intervenues sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, plusieurs lois de révision constitutionnelle sont généralement citées comme marquant une volonté de remettre en cause la jurisprudence constitutionnelle : la loi constitutionnelle du 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile (C.C., n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration, J.O.R.F.*, 18 août 1993, p. 11722), la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes (C.C., n° 82-146 DC, 18 novembre 1982, *J.O.R.F.*, 19 novembre 1982, p. 3475 et n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *J.O.R.F.*, 20 janvier 1999, p. 1028 *Quotas par sexe I et II*), la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République (la révision sur la décentralisation met en échec la jurisprudence du Conseil constitutionnel interdisant la création d'une assemblée unique dans les départements d'outre-mer, voir C.C., n° 82-147 DC, 2 décembre 1982, *Statuts des DOM*) et enfin la loi de révision constitutionnelle du 23 février 2007 modifiant l'article 77 de la Constitution (C.C., n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*).

constitutionnelle de 2008. Certains ont déjà abordés¹⁵⁶, seuls seront envisagés ici ceux dans lesquels le pouvoir de révision remet en cause une interprétation constructive du juge constitutionnel.

La plupart des illustrations concernent plus ou moins directement le Parlement. Une seule s'éloigne de ce domaine, c'est pourquoi elle débutera ces développements : la *saisine individuelle du Conseil supérieur de la magistrature*. Le gouvernement souhaitait ouvrir la saisine du Conseil supérieur de la magistrature au justiciable. Le principe de cette saisine n'est cependant pas inscrit dans le projet de révision, c'est la loi organique prévoyant les modalités d'application du nouvel article 65 de la Constitution qui devait y pourvoir¹⁵⁷. En première lecture, l'Assemblée nationale, reprenant un amendement adopté par la Commission des lois¹⁵⁸, a préféré une inscription explicite dans la Constitution de cette saisine, tout en maintenant le principe du renvoi à une loi organique pour les modalités d'application. Au Sénat, le rapporteur de la commission des lois a rappelé la jurisprudence constitutionnelle pour préciser que le législateur organique devra en tenir compte au moment de l'adoption de cette loi. Dans la décision du 1^{er} mars 2007, le Conseil constitutionnel était saisi d'une loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, modifiant l'ordonnance organique du 22 décembre 1958. L'une des dispositions de la loi prévoyait l'examen des réclamations des justiciables portant sur le comportement des magistrats. Plus précisément, elle ouvrait à toute personne physique ou morale qui estimait, à l'occasion d'une affaire la concernant, que le comportement d'un magistrat était susceptible de constituer une faute disciplinaire, la possibilité de saisir directement d'une réclamation le Médiateur de la République. Le Conseil constitutionnel a censuré ce dispositif, notamment au regard des modalités concrètes de sa mise en œuvre, au nom de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire¹⁵⁹. Le juge ne censure apparemment pas le principe d'un recours des justiciables, mais seulement les modalités d'exercice de ce recours et en particulier la saisine du Médiateur de la République ainsi que les pouvoirs qui lui sont accordés. Le choix de prévoir dans la Constitution la saisine des justiciables ne conduit donc pas directement à contourner la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cependant, au moment d'adopter la loi organique, celle-ci entrera en ligne de compte.

De manière plus large, mais sans qu'une décision particulière du Conseil constitutionnel ne soit précisément à l'origine de la révision, la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII (dans sa partie relative au Conseil supérieur de la magistrature), celle du 22 février 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale et la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie peuvent être considérées comme étant intervenues pour prévenir une censure du juge constitutionnel. Voir en ce sens : L. FAVOREU, « Le Parlement constituant et le juge constitutionnel », *précit.*, pp. 236-237.

¹⁵⁶ Voir *supra*, première partie.

¹⁵⁷ Selon l'exposé des motifs du projet de loi de révision constitutionnelle.

¹⁵⁸ Rapport n° 892, J.-L. WARSMANN, *précit.*, p. 459.

¹⁵⁹ C.C., n° 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007, *Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*, J.O.R.F., 6 mars 2007, p. 4230, cons. 9 et s.

En dehors de cette première illustration, tous les autres cas de contournement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel peuvent être rattachés au Parlement dans un sens large. Les quatre premiers ont abouti à une révision constitutionnelle et ont trait à des principes jurisprudentiels bien établis. Deux portent sur l'exercice du *droit d'amendement*, les deux autres sur l'élargissement de la possibilité d'adopter des *lois de programmes* et la ratification explicite des *ordonnances*. Trois autres situations n'ont pas donné lieu à une révision de la Constitution. Il s'agit de la modification de la *composition du Sénat*, de la suppression de l'*irrecevabilité financière générale* de l'article 40 de la Constitution et de l'*extension du domaine de compétence du législateur* au titre de l'article 34 de la Constitution *en matière de répartition du contentieux entre les deux ordres de juridiction*.

Parmi toutes les interprétations jurisprudentielles du Conseil constitutionnel visées au cours de la procédure de révision, celle relative à la limitation du *droit d'amendement* a sans doute fait l'objet de l'attention la plus forte. Il est vrai que la jurisprudence constitutionnelle a connu de nombreuses évolutions sur les limitations au droit d'amendement en cours de navette parlementaire, même si l'on peut constater aujourd'hui que celle-ci s'est stabilisée depuis la décision du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme*¹⁶⁰. Les principes posés par le juge conduisent à distinguer deux périodes distinctes dans l'exercice du droit d'amendement : au cours de la première lecture et après la première lecture. L'orientation générale retenue va dans le sens d'une restriction du droit d'amendement après la première lecture selon la figure devenue désormais classique de l'entonnoir. Ainsi, en première lecture, « *le droit d'amendement qui appartient aux membres du Parlement et au Gouvernement doit pouvoir s'exercer pleinement* ». En conséquence, « *il ne saurait être limité, à ce stade de la procédure et dans le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, que par les règles de recevabilité ainsi que par la nécessité, pour un amendement, de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie* »¹⁶¹. Après la première lecture, les exigences posées par le Conseil constitutionnel sont plus restrictives. Ainsi, « *les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion* ». Ne sont toutefois pas soumis à cette exigence les « *amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle* »¹⁶². Le couple « non dépourvu de tout

¹⁶⁰ C.C., n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme*, J.O.R.F., 24 janvier 2006, p. 1138, cons. 25 et 26.

Voir : V. OGIER-BERNAUD, « L'évolution décisive de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'exercice du droit d'amendement en cours de navette parlementaire », R.F.D.C., n° 67, 2006, p. 589 et s.

Voir pour des formulations différentes de ces limites dans la jurisprudence constitutionnelle, en cours de navette : C.C., n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, J.O.R.F., 24 janvier 1990, p. 972, cons. 11, n° 2001-445 DC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, J.O.R.F., 26 juin 2001, p. 10125, cons. 48 ; après la réunion de la Commission mixte paritaire : C.C., n° 86-221 DC, 29 décembre 1986, *Loi de finances pour 1987*, J.O.R.F., 30 décembre 1986, p. 15801, cons. 5 ; n° 98-402 DC, 25 juin 1998, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, J.O.R.F., 3 juillet 1998, p. 10147, cons. 2 et 3 ; n° 2000-430 DC, 29 juin 2000, *Loi organique tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats de membre des assemblées de province et du congrès de la Nouvelle-Calédonie, de l'assemblée de la Polynésie française et de l'assemblée territoriale des îles Wallis-et-Futuna*, J.O.R.F., 5 juillet 2000, p. 10128, cons. 5 à 7 ; n° 2000-434 DC, 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, J.O.R.F., 27 juillet 2000, p. 11550, cons. 2 et 3.

¹⁶¹ C.C., n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme*, précit., cons. 25.

¹⁶² *Loc. cit.*, cons. 26.

lien »/« en relation directe » domine désormais dans l'exercice du droit d'amendement au cours de l'évolution de la procédure législative.

Le choix d'introduire dans la Constitution des règles sur l'exercice du droit d'amendement provient de la Commission des lois de l'Assemblée nationale. Selon les termes de son rapporteur, il est nécessaire d'étendre le droit d'amendement, afin « de desserrer le carcan imposé ces dernières années par le Conseil constitutionnel »¹⁶³. Plus direct, un député a souligné la nécessité de contrecarrer « la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui, dans son interprétation tatillonne, a étouffé le droit d'amendement des parlementaires »¹⁶⁴. A cette fin, le texte qui sera adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, et qui sera le texte de la révision du 23 juillet, est le suivant : « Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ». L'encadrement du droit d'amendement, dans un sens prétendument moins restrictif que celui qui résulte de la jurisprudence constitutionnelle, ne concerne que leur recevabilité en première lecture. L'exigence posée est celle du lien « même indirect » avec le texte déposé ou transmis. La Commission des lois, qui sera suivie par la haute assemblée, supprimera cette disposition. Elle note en particulier que, contrairement à la volonté des auteurs de celle-ci, la formule choisie (*lien, même indirect*) paraît plus restrictive que celle du Conseil constitutionnel (*non dépourvu de tout lien*)¹⁶⁵. Au cours des débats en première lecture devant le Sénat, il a d'ailleurs été proposé, sans succès, de formaliser dans la Constitution cette dernière jurisprudence¹⁶⁶. La disposition fût néanmoins réintroduite par la Commission des lois de l'Assemblée nationale en seconde lecture, sans que l'objectif premier affiché ne soit ébranlé : « le seul objectif, de notre amendement est de remettre en cause cette jurisprudence, et donc d'interdire, demain, au Conseil constitutionnel d'annuler une disposition introduite par voie d'amendement en première lecture, dès lors que cette disposition « présente un lien, même indirect, avec le texte »¹⁶⁷. La Commission des lois du Sénat, tout en rappelant les doutes sur le caractère plus souple des exigences issues de la rédaction proposée par l'Assemblée nationale, reconnaît que cette proposition a le mérite de fixer dans la Constitution les règles en matière de recevabilité des amendements alors que la jurisprudence constitutionnelle a longtemps été fluctuante¹⁶⁸. En conséquence, le Sénat finira par adopter la disposition proposée par l'Assemblée nationale, sans que les doutes n'aient été levés sur le caractère plus¹⁶⁹ ou moins restrictif de la formule¹⁷⁰ par rapport à celle du Conseil constitutionnel.

¹⁶³ J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 20 mai 2008.

¹⁶⁴ A. MONTEBOURG, Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 20 mai 2008.

¹⁶⁵ Rapport J.-J. HYEST, *précit.*, p. 43.

¹⁶⁶ Amendement n° 359, A. BOUMEDIENE-THIERY, Sénat, séance du 23 juin 2008.

¹⁶⁷ J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, 2^{ème} séance du mercredi 9 juillet 2008.

¹⁶⁸ Rapport n° 463, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale 10 juillet 2008, J.-J. HYEST, p. 23.

¹⁶⁹ Voir en ce sens : N. BOHO COHEN-SEAT, Sénat, séance du 15 juillet 2008.

¹⁷⁰ Voir par exemple : R. BRET, Sénat, séance du 16 juillet 2008.

La raison d'être de l'ajout, dans le projet de loi de révision et conformément à ce qui était prévu par le Comité BALLADUR, d'une disposition à la fin du premier alinéa de l'article 44 de la Constitution sur le droit d'amendement, selon laquelle « ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions et limites fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique », peut paraître obscure dans un premier temps. Selon l'exposé des motifs, cette disposition permet, d'une part, « l'institution de procédures réellement simplifiées pour l'examen de textes à caractère technique : le travail en commission sera, dans cette hypothèse, soumis à une simple ratification par l'assemblée plénière ». D'autre part, elle ouvre la voie « à la fixation par la conférence des présidents d'une durée programmée d'examen des textes, à l'issue de laquelle la discussion serait close ». La jurisprudence du Conseil constitutionnel concerne le premier de ces deux objectifs. Dans la décision du 7 novembre 1990, le juge constitutionnel était saisi d'une résolution modifiant sur plusieurs points le règlement du Sénat en vue d'instituer des procédures abrégées. Selon l'une de ces modifications, dans le cadre d'un vote sans débat, il était interdit à tout membre de l'assemblée saisie du texte de reprendre en séance plénière un amendement relatif à celui-ci au motif que cet amendement aurait été écarté par la commission saisie au fond. En d'autres termes, la discussion sur un amendement ne pouvait pas se faire en séance plénière, à partir du moment où celui-ci avait été rejeté en commission. Le Conseil censure un tel dispositif en ce qu'il « porte atteinte au droit d'amendement, reconnu à chaque parlementaire par le premier alinéa de l'article 44 de la Constitution »¹⁷¹. Il analyse le droit d'amendement dont sont titulaires les parlementaires comme un droit de voir discutés en formation plénière les amendements qui ont été proposés en commission¹⁷². La nouvelle incise à l'article 44 alinéa 1^{er} de la Constitution permet de contourner cette jurisprudence et participe d'une volonté de rendre plus efficace la procédure législative. Désormais, il sera possible d'interdire la défense en séance publique d'amendements déjà discutés en commission¹⁷³. La formule proposée par le gouvernement sera celle du texte adoptée par le Congrès.

La volonté d'étendre le domaine des *lois de programme* vise à contrecarrer la combinaison de plusieurs interprétations du Conseil constitutionnel. Avant la révision de 2008, l'article 34 de la Constitution prévoyait que « des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat ». L'interprétation restrictive de cette disposition, ajoutée à la censure par le Conseil constitutionnel des dispositions de loi dépourvues de portée normative, ont conduit à limiter la possibilité pour le législateur d'adopter des lois de programme.

¹⁷¹ C.C., n° 90-278 DC, 7 novembre 1990, *Résolution modifiant les articles 16, 24, 29 et 48 du règlement du Sénat et introduisant dans celui-ci des articles 47 ter, 47 quater, 47 quinquies, 47 sexies, 47 septies, 47 octies, 47 nonies et 56 bis A*, J.O.R.F., 9 novembre 1990, p. 13714, cons. 12.

¹⁷² Voir pour une jurisprudence ultérieure dans le même sens : C.C., n° 91-292 DC, 23 mai 1991, *Résolution modifiant les articles 43, 44, 81, 83, 87, 91, 103 à 108, 126, 127 et 146 du Règlement de l'Assemblée nationale*, J.O.R.F., 26 mai 1991, p. 7160, cons. 24 et 28 ; n° 94-338 DC, 10 mars 1994, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, J.O.R.F., 12 mars 1994 p. 3963, cons. 19, 22 et 23.

¹⁷³ Voir par exemple en ce sens : R. YUNG, Sénat, séance du 23 juin 2008 ; Rapport n° 892, J.-L. WARSMAN, *précit.*, p. 337 et s.

Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a strictement délimité les cas dans lesquels le législateur pouvait adopter de simples orientations. Dans la décision du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, il a jugé que « les "orientations" présentées dans le rapport figurant à l'annexe I de la loi déferée ne relèvent [...] d'aucune des catégories de textes législatifs prévues par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la valeur normative qui s'attache à la loi »¹⁷⁴. Il est allé plus loin dans la décision du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, en jugeant que « 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 »¹⁷⁵. Au titre des dispositions particulières de la Constitution, il faut entendre les lois de plan, les rapports annexés aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale et, pour ce qui nous intéresse, les lois de programme en matière économique et sociale. Dans la décision du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, il était notamment saisi d'un rapport annexé à la loi déferée qui fixait des objectifs à l'action de l'Etat dans le domaine de l'enseignement des premier et second degrés. Il a constaté que si les engagements figurant dans ce rapport « ne sont pas revêtus de la portée normative qui s'attache à la loi », ils peuvent toutefois « trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique ou social prévue par l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution »¹⁷⁶. En conséquence, le Conseil écarte le grief tiré de l'absence de portée normative, car les dispositions contestées sont couvertes par « les dispositions particulières prévues par la Constitution », les lois de programme en matière économique et sociale en l'occurrence¹⁷⁷. D'une manière générale, vu le caractère limité des autres exceptions, des lois qui contiendraient des orientations ou des objectifs dépourvus de portée normative ne sont tolérées d'un point de vue constitutionnel que si elles entrent dans la catégorie des lois de programme en matière économique et sociale.

La jurisprudence constitutionnelle a précisé l'étendue de cette catégorie et, surtout, les conditions exigées pour pouvoir reconnaître qu'une loi entrait dans cette catégorie. Trois conditions se dégagent de manière explicite de la décision 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique* : la loi doit se situer dans le domaine économique et social, présenter un catalogue d'objectifs et le Conseil économique et social doit avoir été consulté¹⁷⁸.

¹⁷⁴ C.C., n° 2002-460 DC, 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, J.O.R.F., 30 août 2002, p. 14411, cons. 21.

¹⁷⁵ C.C., n° 2004-500 DC, 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, J.O.R.F., 30 juillet 2004, p. 13562, cons. 12.

¹⁷⁶ C.C., n° 2005-512 DC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, J.O.R.F., 24 avril 2005, p. 7173, cons. 12.

¹⁷⁷ Qui, depuis le 1er janvier 2005 et l'entrée en vigueur de la LOLF, sont définies par le seul avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution, les dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, qui prévoyait des lois de programme, ayant été abrogées.

¹⁷⁸ C.C., n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, J.O.R.F., 14 juillet 2005, p. 11589, cons. 6.

Dans le projet de loi, la formule suivante a été substituée à la formule antérieure de l'article 34 de la Constitution sur les lois de programme : « Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'Etat ». L'Assemblée nationale, à l'initiative de la commission des lois, ajoutera un dispositif équivalent et spécifique aux finances publiques. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2005 et l'entrée en vigueur de la LOLF, les lois de programme prévues en matière financière par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances n'existent plus, cette disposition ayant été abrogée. Au regard de la jurisprudence constitutionnelle, une révision s'imposait pour autoriser des lois de programme en matière financière¹⁷⁹. Après une légère réécriture par le Sénat de la seule disposition sur les lois de programme en matière de finances publiques, les deux dispositions seront adoptées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

L'encadrement du régime juridique des *ordonnances* a été discuté devant la commission des lois de l'Assemblée nationale. En particulier, l'interdiction des ratifications implicites a été proposée sans être retenue par la Commission, le rapporteur renvoyant à la séance publique le soin de revenir sur cette question¹⁸⁰. Un amendement en ce sens a donc été présenté par le rapporteur en séance publique¹⁸¹. Il visait à remettre en cause une jurisprudence ancienne et classique du Conseil constitutionnel. Dans la décision du 29 février 1972, *Participation des salariés*, celui-ci a admis que la ratification des ordonnances pouvait se faire de manière implicite, à condition toutefois que cette ratification résulte « d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement »¹⁸². Le juge constitutionnel est même allé plus loin en admettant une ratification « conséquentielle » ou « impliquée »¹⁸³. Dans la décision du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, il a jugé « qu'en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement »¹⁸⁴. L'obligation des ratifications expresses met clairement un terme à cette jurisprudence. Le Sénat adoptera d'ailleurs en première lecture cet amendement.

L'étendue de la liberté du législateur pour modifier la *composition du Sénat* a récemment fait l'objet d'une restriction par le Conseil constitutionnel. Dans la décision du 6 juillet 2000, *Loi relative à l'élection des sénateurs*, il a considéré qu'au regard de l'article 24 de la Constitution, « le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ». Par voie de conséquence, « ce corps électoral doit être

¹⁷⁹ Voir : Rapport n° 892, J.-L. WARSMANN, *précit.*, p. 237.

¹⁸⁰ *Loc. cit.*, p. 266 à 268.

¹⁸¹ J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, séance du 20 mai 2008.

¹⁸² C.C., n° 72-73 L, 29 février 1972, *Participation des salariés*, J.O.R.F., 18 mars 1972, p. 2849, cons. 3.

¹⁸³ L. FAVOREU et *ali*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 11^{ème} édition, 2008, § 1199.

¹⁸⁴ C.C., n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, J.O.R.F., 25 janvier 1987, p. 924, cons. 24.

Cette jurisprudence n'a toutefois pas été évoquée, voir : J.-J. HYEST, Sénat, séance du 20 juin 2008 ; Rapport n° 387, J.-J. HYEST, *précit.*, p. 121.

essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; que toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées ; qu'en outre, la représentation des communes doit refléter leur diversité ; qu'enfin, pour respecter le principe d'égalité devant le suffrage résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 3 de la Constitution, la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et des différents types de communes doit tenir compte de la population qui y réside »¹⁸⁵. Le Conseil constitutionnel a ainsi dicté les principes qui président à la détermination du corps électoral et qui s'imposent au législateur. La modification de l'article 24 proposée dans le projet de loi, en vertu de laquelle « Le Sénat est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République en tenant compte de leur population », est présentée dans l'exposé des motifs comme visant à faire échec à la jurisprudence précitée du Conseil constitutionnel. Elle y est en effet interprétée par le gouvernement comme ayant « pour effet d'interdire toute évolution de la composition du collège électoral sénatorial dans le sens d'un équilibre plus juste, en termes démographiques, entre petites, moyennes et grandes communes ». La formule du gouvernement sera adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale. La Commission des lois du Sénat réécrira cette disposition. Elle a ainsi déposé « un amendement tendant à préciser que le Sénat est élu au suffrage (universel) indirect par un corps électoral essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes locales » afin de « conforter la nouvelle rédaction de l'article 24, qui impose de concilier la représentation des collectivités territoriales en tant que territoires et celle de leur population »¹⁸⁶. La Commission propose donc en substance une inscription dans la Constitution des principes établis par le Conseil constitutionnel. Au cours du débat, suite à un amendement déposé en séance par la commission des lois¹⁸⁷, les sénateurs choisiront de maintenir le *statu quo*, en préservant la formule originelle de l'article 24 de la Constitution. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est donc maintenue avec l'aval du Sénat qui s'y est montré favorable, notamment par la voix de son rapporteur¹⁸⁸.

En première lecture, devant l'Assemblée nationale¹⁸⁹, puis devant le Sénat¹⁹⁰, a été proposé un amendement visant à *abroger l'article 40 de la Constitution*. A l'appui d'une telle volonté, il a été mentionné l'inapplication par le Sénat de cet article, aucune disposition de son règlement ne permettant de le mettre en œuvre¹⁹¹. Or, sur cette question, le Conseil constitutionnel a invité le Sénat, de manière implicite et à deux reprises en 2005¹⁹², à mettre en place une procédure en ce sens. Il a ensuite décidé de s'orienter vers un rappel à l'ordre plus sévère en tirant les conséquences contentieuses du défaut de réaction du Sénat. Dans la décision du 14 décembre

¹⁸⁵ C.C., n° 2000-431 DC, 6 juillet 2000, *Loi relative à l'élection des sénateurs*, J.O.R.F., 11 juillet 2000, p. 10486, cons. 5.

¹⁸⁶ Rapport n° 387, J.-J. HYEST, *précit.*, p. 94.

¹⁸⁷ Amendement n° 103 rectifié, J.-J. HYEST, Sénat, séance du 20 juin 2008.

¹⁸⁸ J.-J. HYEST, Sénat, séance du 20 juin 2008.

¹⁸⁹ Amendement n° 23, D. MIGAUD, Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 28 mai 2008.

¹⁹⁰ Amendement n° 58 rectifié, N. BORVO COHEN-SEAT, séance du 16 juillet 2008.

¹⁹¹ D. MIGAUD, Assemblée nationale, 1^{ère} séance 28 mai 2008.

¹⁹² C.C., n° 2005-519 DC, 29 juillet 2005, *Loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale*, J.O.R.F., 3 août 2005, p. 12661, cons. 28 ; n° 2005-526 DC, 13 octobre 2005, J.O.R.F., 20 octobre 2005, p. 16610, cons. 7.

2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, il a jugé que « si la question de la recevabilité financière des amendements d'origine parlementaire doit avoir été soulevée devant la première chambre qui en a été saisie pour que le Conseil constitutionnel puisse en examiner la conformité à l'article 40, cette condition est subordonnée, pour chaque assemblée, à la mise en œuvre d'un contrôle de recevabilité effectif et systématique au moment du dépôt de tels amendements »¹⁹³. Il constate cependant qu'aucune procédure de ce type n'a été mise en place devant le Sénat et qu'il est donc lui-même en mesure d'apprécier directement l'irrecevabilité financière, malgré l'asymétrie qui en résulte entre la solution valable pour l'Assemblée nationale et celle qui l'est pour le Sénat. L'amendement visant à supprimer l'article 40 n'a pas été adopté à douze voix près devant l'Assemblée nationale. Il sera également rejeté par le Sénat.

Enfin, un amendement visant à formaliser dans l'article 34 de la Constitution la compétence du législateur concernant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, sous réserve du respect de l'article 66 de la Constitution, a été adopté par la Commission des lois de l'Assemblée nationale en première lecture¹⁹⁴. Cette illustration mérite de se trouver à l'issue de ces développements car elle apparaît comme le seul cas dans lequel il y a eu une méprise manifeste sur la portée de la jurisprudence constitutionnelle. Selon le rapporteur de la Commission des lois, l'amendement proposé avait pour objet de contourner la jurisprudence du juge constitutionnel qui a « eu tendance à rigidifier les règles de partage » des compétences entre les deux ordres de juridiction ». S'appuyant sur l'autorité de B. GENEVOIS dont il reprend l'analyse, il conclut qu'en application de cette jurisprudence « le législateur ne peut plus modifier la répartition des contentieux « qu'à la marge » ». Il est donc nécessaire de permettre au législateur d'unifier des blocs de compétences¹⁹⁵. La Commission des lois du Sénat supprimera l'amendement adopté par la Chambre basse précisément parce que la jurisprudence du Conseil constitutionnel permet au législateur de créer des blocs de compétence au profit de l'un ou l'autre ordre de juridiction. De ce point de vue, il faut reconnaître, et c'est sans doute pourquoi la question ne sera pas reprise en seconde lecture par l'Assemblée nationale, que la portée de cette jurisprudence avait mal été appréciée par cette dernière. La décision de principe du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, est d'ailleurs citée dans le rapport de la Commission des lois du Sénat¹⁹⁶ à l'appui de la proposition de suppression de l'amendement adopté par l'Assemblée nationale. Selon le Conseil constitutionnel en effet, « il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé »¹⁹⁷.

¹⁹³ C.C., n° 2006-544 DC, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, J.O.R.F., 22 décembre 2006, p. 19356, cons. 13.

¹⁹⁴ Rapport n° 892, J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, amendement n° 62.

¹⁹⁵ J.-L. WARSMANN, Assemblée nationale, 3^{ème} séance du mardi 27 mai 2008.

¹⁹⁶ Rapport n° 387, J.-J. HYEST, Sénat, p. 37.

¹⁹⁷ C.C., n° 86-225 DC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, précit., cons. 16.

La lecture du tableau récapitulatif des situations dans lesquelles la jurisprudence constitutionnelle est venue en relief au cours de la procédure de révision constitutionnelle de 2008 conduit à formuler trois séries de remarques conclusives. En premier lieu, sur les vingt trois références à la jurisprudence constitutionnelle, quinze ont effectivement abouties à une révision de la Constitution (soit plus de 65 %), huit seulement ayant été abandonnées¹⁹⁸. En deuxième lieu, si l'on s'intéresse aux initiatives, huit reviennent au gouvernement, dix à l'Assemblée nationale et cinq au Sénat. Le léger recul du Sénat mérite d'être relativisé par le fait que le projet de loi de révision a été déposé d'abord sur le bureau de l'Assemblée nationale. De manière globale, la proportion des différentes initiatives demeure équilibrée : un tiers pour le gouvernement et deux tiers pour les parlementaires. L'efficacité de l'initiative gouvernementale est redoutable puisque toutes ses propositions¹⁹⁹ ont abouti, alors que 60 % des initiatives provenant de l'Assemblée nationale ont été adoptées et seulement 40 % de celles du Sénat. En troisième lieu, lorsque la jurisprudence constitutionnelle est à l'origine d'une volonté de réviser la Constitution, dans la majorité des cas, il s'agit de la remettre en cause (plus de 65 % des cas parmi l'ensemble des propositions, près de 67 % si l'on retient les seules propositions ayant abouti). D'un point de vue plus qualitatif, on doit également relever la bonne connaissance d'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle. Rares sont en effet les cas dans lesquels cette jurisprudence est mal interprétée. Plus largement, la procédure de révision de 2008 témoigne du fait que la lecture du droit constitutionnel à partir de la jurisprudence constitutionnelle n'est plus réservée à la doctrine. Les politiques se sont approprié cette jurisprudence. La Constitution avait, il y a peu, saisi la politique, le politique a désormais incontestablement saisi la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De fait, le Conseil constitutionnel est bien l'expression d'un pouvoir juridictionnel !

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université de
Perpignan – *Via Domitia*

¹⁹⁸ Celles-ci ayant d'ailleurs toutes une origine parlementaire.

¹⁹⁹ ... en rapport avec la jurisprudence constitutionnelle.