

NATAȘA DANELCIUC-COLODROVSKI

maître de conférences associée, Aix-Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF

LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS : MISE EN ŒUVRE OU MISE EN CAUSE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS ?

Le titre de la présente contribution pourrait être perçu comme une provocation tant le rôle des juridictions constitutionnelles est associé à la garantie du respect du principe de la séparation des pouvoirs afin que, conformément à la théorie développée par Montesquieu dans *De l'esprit des lois*¹, une même personne ou un même corps au sein de l'État ne puisse faire la loi, l'exécuter ou rendre la justice. En effet, la garantie du respect de la tripartition des fonctions étatiques réside dans un mécanisme distributif aménageant la participation d'organes indépendants qui, à travers les compétences qu'ils exercent, participent aux rééquilibres des pouvoirs, nécessaires au maintien du caractère démocratique du régime politique. Sous cet angle, le contrôle de constitutionnalité des lois participe de l'équilibre des pouvoirs, en ce qu'il confère au juge constitutionnel une faculté d'empêcher les abus pouvant être commis par la puissance législative, mais aussi la puissance exécutive,

1 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2019, 400 p.

voire judiciaire. Le mouvement d'institution de juridictions constitutionnelles, qui s'est développé dans les pays d'Europe occidentale après la Seconde Guerre mondiale et, en Europe de l'Est, après la chute du Mur de Berlin, a donc été présidé par le souci d'empêcher les écarts par rapport à la théorie de la séparation des pouvoirs et le retour, en conséquence, des pratiques autoritaires et dictatoriales qu'ils avaient connues auparavant.

Institutions incontournables du paysage des régimes politiques actuels, les juridictions constitutionnelles sont vues comme les éléments clés de l'équilibre des pouvoirs. Rôle qu'elles assument pleinement. Quatre ans après sa création par la nouvelle Constitution, le Conseil constitutionnel français s'autodéfinissait comme « un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »². L'analyse de sa jurisprudence montre que le principe de la séparation des pouvoirs est régulièrement invoqué dans les saisines qui lui sont adressées et qu'il l'intègre parmi les normes de référence de son contrôle, alors même que l'expression ne figure ni dans le préambule, ni dans les articles de la Constitution. Dans le cadre de l'exercice de son contrôle, la Haute juridiction française se fonde sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avec sa célèbre formule « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

La référence à ce texte historique, qui fait partie de la matrice constitutionnelle de la France et, de manière générale, du constitutionnalisme moderne mondial, s'est développée dans la continuité de la décision *Liberté d'association* de 1971, par laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur juridique du préambule de la Constitution de 1958 et, ainsi, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du préambule de la Constitution de 1946 auxquels il y est fait référence³. Dans la décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, la Haute juridiction française affirmait ainsi explicitement que le législateur, « n'ayant fait qu'user des pouvoirs qui lui appartiennent de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte, n'a méconnu ni le principe de la séparation

2 CC, décis. n° 62-20 du 6 novembre 1962.

3 CC, décis. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre »⁴.

La rédaction des décisions rendues par le Conseil constitutionnel illustre la manière dont il conçoit son rôle de gardien de la séparation des pouvoirs. Il sanctionne comme une atteinte à la séparation des pouvoirs les intrusions non prévues par la Constitution d'un pouvoir dans l'exercice des fonctions d'un autre, en cherchant à maintenir les équilibres mis en place par le constituant. Ainsi, quant aux rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, « le législateur ne saurait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, adresser des injonctions au gouvernement tendant à ce qu'il consulte une commission parlementaire »⁵. De même, ce principe interdit qu'un organe d'une des assemblées parlementaires, chargé de l'évaluation des politiques publiques, puisse bénéficier du concours d'experts placés sous la responsabilité du gouvernement⁶ ou qu'une commission parlementaire puisse bénéficier d'un droit de veto en dehors des cas strictement prévus par la Constitution, alors même que la reconnaissance d'un tel droit avait vocation à renforcer l'indépendance des médias⁷.

Quant aux rapports entre les pouvoirs politiques et l'autorité judiciaire, le Conseil constitutionnel a d'abord développé une jurisprudence protectrice à travers le principe d'indépendance de la justice. Dans sa décision du 22 juillet 1980, il a notamment constitutionnalisé l'indépendance de la juridiction administrative, en dégagant un principe fondamental reconnu par les lois de la République, reflet de l'indépendance de l'autorité judiciaire énoncée à l'article 64 de la Constitution⁸. Ensuite, sous la bannière de l'article 16 de la Déclaration des droits de

4 CC, déc. n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*.

5 CC, déc. n° 70-41 DC du 30 décembre 1970, *Loi de finances rectificative pour 1970* ; CC, déc. n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle* ; CC, déc. n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*.

6 CC, déc. n° 2009-581 DC du 25 juin 2009.

7 CC, déc. n° 2009-577 DC du 3 mars 2009 : prévu par l'article 13 de la Constitution pour les nominations présidentielles, ce droit de veto ne peut être étendu aux mesures de révocation sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs.

8 CC, déc. n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*.

l'homme et du citoyen de 1789, la Haute juridiction a clairement rattaché l'indépendance des juridictions au principe de séparation des pouvoirs⁹, comme en atteste l'affirmation selon laquelle « il n'appartient pas au législateur de censurer les décisions des juridictions et d'enfreindre par là même le principe de séparation des pouvoirs »¹⁰. Dans le même sens, « sont contraires au principe de la séparation des pouvoirs des dispositions législatives qui placeraient sous la seule responsabilité du pouvoir exécutif des réquisitions de données qui ne servent pas seulement à la prévention des actes de terrorisme, mais également à la répression de ceux-ci par la police judiciaire »¹¹.

Cette jurisprudence constitutionnelle confirme le rôle de la Haute juridiction française dans la garantie effective du principe de séparation des pouvoirs. Ce rôle a été d'autant plus déterminant dans les pays de l'Est où le concept de séparation des pouvoirs avait été considéré pendant près de sept décennies comme étant une notion fondamentalement étrangère à la théorie constitutionnelle socialiste¹². Par l'adoption des nouvelles constitutions démocratiques, dans les années 1990, les États sortant du régime communiste ont abandonné la théorie marxiste de l'organisation constitutionnelle unitaire de l'État, instituant un ordre de type pyramidal et fonctionnant grâce au système des mandats électoraux et des délégations de compétences en cascade¹³. L'inscription dans les nouveaux textes constitutionnels du principe de séparation des pouvoirs, en guise de témoignage de la volonté de souscrire aux valeurs

9 Initiée par diverses décisions DC dans lesquelles le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et/ou mentionne le principe de la séparation des pouvoirs, la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 confirme ce rattachement de l'indépendance des juridictions audit principe et à l'article qui l'énonce.

10 CC, décis. n° 87-228 DC du 26 juin 1987, *Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade* ; CC, décis. n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* ; CC, décis. n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, *Loi de finances rectificative pour 2005*.

11 CC, décis. n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme*.

12 Les juristes soviétiques refusèrent de voir dans le principe de la séparation des pouvoirs, tel qu'il avait été formulé par Montesquieu, un moyen destiné à éviter le despotisme et de garantir les libertés par la limitation du pouvoir. Suivant la position de Marx, ils s'attachèrent à justifier l'inexistence de cette théorie par la recherche d'éléments démontrant l'hégémonie « bourgeoise » du pouvoir exécutif sur la souveraineté et les prérogatives du Parlement. Cf. D.-G. Lavroff, *Recherches sur le problème des libertés publiques en Union Soviétique*, Paris, Pedone, 1960, p. 75.

13 M. Lesage, *Le système politique de l'URSS*, Paris, PUF, 1987, p. 54.

du constitutionnalisme occidental, s'est toutefois heurtée à l'*habitus* communiste dans la pratique institutionnelle. Appelées à intervenir dans des contextes caractérisés par des tensions et conflits politiques permanents, les juridictions constitutionnelles ont joué un rôle essentiel pour préciser la définition du principe de séparation des pouvoirs dans ses potentialités et applications concrètes et veiller à ce que chacun des trois pouvoirs intègre le nouvel ordre institutionnel¹⁴. Leur tâche s'est révélée tout aussi complexe qu'ambitieuse, les juridictions constitutionnelles étant devenues des cibles d'attaques pour les autorités politiques, qui admettaient difficilement une telle intervention dans l'action politique, jusque-là dépourvue de tout contrôle, et qui les accusaient de franchir les limites découlant du principe de la séparation des pouvoirs qu'elles déclaraient défendre.

Ce type d'accusations revient dans les débats de manière régulière. En effet, la justice constitutionnelle ne s'inscrit pas dans le schéma classique de la séparation des pouvoirs. C'est un organe spécial habilité par le constituant à contrôler l'œuvre du législateur démocratique et, plus généralement, d'assurer l'équilibre institutionnel dans les litiges interorganiques. Ce rôle de contrepoids a suscité, dès le départ, des débats quant à la nécessaire création d'une telle juridiction et aux difficultés susceptibles d'être posées au niveau du respect du principe de la séparation des pouvoirs, dans sa conception traditionnelle. L'exemple français est un cas typique en ce sens. En effet, l'interprétation française de la séparation des pouvoirs est marquée par une certaine méfiance à l'égard des juges, méfiance héritée des excès des Parlements de l'Ancien Régime, qui explique qu'ait été posé, en 1790, le principe de l'interdiction faite au juge d'intervenir dans le processus législatif et d'interpréter les lois¹⁵. Dans cet esprit, le juge ne peut être que la bouche qui prononce les paroles de la loi. À bien des égards, la conception française de la séparation des pouvoirs fait d'elle une « théorie anti-juge » marquée par l'opposition traditionnelle à la mise en place d'un contrôle juridictionnel

14 Pour une analyse plus détaillée du rôle joué par les juridictions constitutionnelles des pays de l'Est dans la garantie du respect du principe de séparation des pouvoirs, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage : N. Danelciuc-Colodrovschi, *La justice constitutionnelle dans les pays de la CEI : évolutions et perspectives*, Paris, LGDJ, 2012, p. 421-487.

15 Articles 10 et 12 de la loi des 15-24 août 1790.

de la constitutionnalité des lois¹⁶. L'acceptation de ce contrôle s'est donc faite au terme d'une lente progression et selon des modalités qui illustrent bien les réticences à reconnaître qu'un juge puisse devenir le censeur de la loi en dépit de son inconstitutionnalité. C'est notamment la raison pour laquelle, dans la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil constitutionnel fut institué comme l'un des pouvoirs publics constitutionnels. À aucun moment, le texte constitutionnel n'indique qu'à ce nouvel organe est attachée la qualité de juridiction.

Ces variables contextuelles ont nécessairement eu des incidences sur l'activité du Conseil et sa conception du rôle qui doit être le sien dans les rapports avec le pouvoir politique. Au titre d'un discours révérencieux à l'égard de la loi, la Haute juridiction rappelle ainsi qu'elle ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que le Parlement¹⁷. Elle entend ainsi indiquer qu'il ne lui appartient pas de s'immiscer dans les choix politiques que seul le Parlement peut faire – ce qui est une manière de légitimer sa mission –, mais seulement de juger de la constitutionnalité de la loi parce que la loi votée « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁸. Dans le même esprit, le Conseil conclut dans une décision prononcée le 13 août 2021 qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'injonction à l'égard du législateur afin d'écarter la demande faite par les auteurs de la saisine de lui enjoindre de prendre les mesures adéquates pour remédier à la privation de garanties légales du droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé consacré à l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement¹⁹.

Cette lecture prudente de ses compétences est conforme au rôle originel du Conseil constitutionnel chargé, tel que l'a souligné le Doyen Favoreu, « de veiller à ce que les organes investis du pouvoir normatif se conforment à la Constitution dans l'édition des actes fondamentaux, [comme] organe régulateur de l'activité normative des pouvoirs

16 Pour les révolutionnaires français, le contrôle de la loi par un juge – personnage dont on se méfie – est perçu comme attentatoire à la séparation des pouvoirs : seul le contrôle par un organe politique est alors envisagé, à l'image du droit de veto royal de la Constitution de 1791 ou du Sénat conservateur de l'Empire.

17 CC, décis. n° 74-75 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*.

18 CC, décis. n° 85-197 DC du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*.

19 CC, décis. n° 2021-825 DC du 13 août 2021.

publics et non de leur activité politique »²⁰. L'analyse de sa jurisprudence met toutefois en évidence une évolution claire de la fonction originelle de l'institution. Le Conseil s'est de facto affranchi de son rôle strict d'« organe régulateur » de l'activité des pouvoirs publics, en s'inscrivant dans le mouvement général, observé en Europe comme partout dans le monde, de renforcement du pouvoir décisionnel du juge. Aux côtés des évolutions d'ordre organique, l'on constate le développement, par les juridictions constitutionnelles elles-mêmes, des techniques de contrôle et d'interprétation. À travers les interprétations conformes (I), l'élargissement du référentiel constitutionnel (II) ou l'extension par la voie prétorienne de leurs compétences (III) les juges participent à l'exercice de la fonction législative, voire constituante. Pratiques qui soulèvent de nombreuses interrogations quant à leur place réelle au sein des institutions, au respect du principe de séparation des pouvoirs par le garant lui-même et, de manière plus générale, à la compatibilité de telles techniques avec les principes de la démocratie et de l'État de droit.

1. L'empiètement sur le domaine législatif à travers la technique des interprétations conformes

Le débat relatif à l'intervention du juge constitutionnel dans la fonction législative et le problème qu'elle pose au niveau du respect du principe de séparation des pouvoirs est ancien²¹. Le développement de certaines techniques de contrôle et d'interprétation impliquent, en effet, son intervention plus directe dans la détermination du contenu de la législation. La technique de l'interprétation conforme, qui consiste pour le juge constitutionnel à « interpréter une disposition législative en conformité avec la Constitution afin d'éviter une déclaration

20 L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », in L. Favoreu, *La Constitution et son juge*, Economica, 2014, p. 61.

21 Voir en ce sens M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Economica, PUAM, 1990, p. 23-113 et, pour une étude plus récente, B. Mathieu, « Le Conseil constitutionnel „législateur positif“. Ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative », *RIDC*, n° 2, 2010, p. 507-531.

d'inconstitutionnalité »²², constituent l'une des armes essentielles des juridictions constitutionnelles entendues comme législateurs positifs. Cette technique, qui permet un encadrement des conditions de mise en œuvre de la loi contrôlée, en complétant ainsi l'intervention du législateur, est utilisée par le juge constitutionnel pour éviter de prononcer une annulation pure et simple de ladite loi en tant qu'acte. Toutefois si celle-ci reste formellement intacte, sa substance normative est modifiée pour satisfaire aux exigences constitutionnelles. Une telle intervention s'inscrit directement à contre-courant de la théorie kelsenienne du juge constitutionnel considéré comme un législateur négatif.

Utilisée pour la première fois par la Cour constitutionnelle allemande, en 1955²³, l'interprétation conforme existe dans de nombreux systèmes de justice constitutionnelle. En France, on parle de « réserves d'interprétation »²⁴, en Italie, de « sentences manipulatives »²⁵, en Espagne, de « sentences interprétatives »²⁶, en Belgique, d'« arrêts interprétatifs » ou d'« interprétations conciliantes »²⁷, en Roumanie, de « décisions interprétatives »²⁸. En France, le premier recours du Conseil constitutionnel à la technique de la « réserve d'interprétation » est intervenu en 1959, dans une décision relative au règlement de l'Assemblée nationale²⁹. Dans le cadre de l'examen des lois ordinaires, il a débuté cet usage avec la

22 A. Duffy-Meunier, « Pédagogie et interprétation du juge constitutionnel », in P. Raimbault (dir.), *La pédagogie au service du droit*, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2011, p. 185.

23 Voir en ce sens, F. Moderne, « La déclaration de conformité sous réserve », in L. Favoreu (dir.), *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica-PUAM, 1988, p. 117.

24 L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, n° 2, 1986, p. 622

25 Pour une analyse détaillée des cas français et italien, voir Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des « décisions interprétatives » en France et en Italie*, Economica-PUAM, 1997, 617 p.

26 F. Moderne, *op. cit.*, p. 117.

27 M. Verdussen, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Le Dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz, Paris, 2009, p. 1091.

28 L. Barac, « Privire critică asupra deciziilor Curții Constituționale pronunțate în materia infracțiunii de abuz în serviciu. Curtea Constituțională încotro? Partea I » [Regard critique sur les décisions de la Cour constitutionnelle prononcées en matière d'infractions d'abus de fonction. La Cour constitutionnelle vers où ? Partie I], 2017, <https://www.juridice.ro/565064/privire-critica-asupra-deciziilor-curtii-constitutionale-pronun-tate-in-materia-infrac-tiunii-de-abuz-in-serviciu-curtea-constitucionala-incotro.html>.

29 CC, décis. n° 59-2 DC du 17 juin 1959.

décision du 30 janvier 1968 sur la loi relative aux évaluations servant de base à certains impôts directs locaux³⁰. À partir de la décision du 11 octobre 1984 sur les entreprises de presse, la Haute juridiction a commencé à mentionner les réserves d'interprétation émises dans le dispositif même de la décision. Une pratique qui n'a pas été systématique au début, mais qui l'est devenue depuis 2002³¹, faisant ainsi bénéficier les réserves de l'autorité reconnue à des décisions qui, au titre de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes des autorités administratives et juridictionnelles ».

En effet, les années 1980 enregistrent un essor fulgurant des réserves d'interprétation dans le contentieux constitutionnel français, plus particulièrement, depuis les décisions sur la loi sécurité-liberté du 20 janvier 1981 et sur la loi relative aux entreprises de presse du 11 octobre 1984. Les réserves revêtent en pratique une grande importance. Elles figurent dans à peu près un quart des décisions rendues par le Conseil constitutionnel. La doctrine distingue trois types de réserves³² : la réserve d'interprétation constructive dans lesquelles le juge « ajoute au texte ce qui lui manque pour être conforme à la Constitution »³³, la réserve neutralisante qui « vide de son venin »³⁴ une disposition législative dont une interprétation pourrait être contraire à la Constitution³⁵, et la réserve d'interprétation directive, indiquant aux autorités chargées

30 CC, décis. n° 68-35 DC du 30 janvier 1968.

31 Voir en ce sens X. Samuel, « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », p. 2 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf.

32 A ce propos, voir G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, Paris, 2006, p. 534 et s. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2006, p. 158 et s. ; A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit.

33 L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », op. cit., p. 622. Il évoque, par exemple, en matière de contrôle d'identité, la faculté pour la personne retenue dans un local de police d'avertir le procureur, devient le droit de saisir le procureur, 19-20 janvier 1981, n° 80-127 DC, *Sécurité et Liberté*, Rec. p. 15. Pour d'autres exemples, voir : X. Samuel, « Les réserves d'interprétations émises par le Conseil constitutionnel », op. cit., p. 13 et s. ; G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 534 et s. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 158 et s.

34 X. Samuel, op. cit., p. 5

35 Par exemple, dans la décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Loi de planification*, le Conseil précise s'agissant d'une loi qui entend imposer des obligations au législateur futur en matière de planification que « ces dispositions sont dépourvues de tout effet juridique ». Voir L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », op. cit., p. 623.

d'appliquer la loi les modalités de son application qui sont conformes à la Constitution³⁶. Cette typologie a été reprise en Roumanie³⁷. En Italie, les variétés de sentences manipulatives sont plus nombreuses. Elles se « caractérisent par un degré d'implication très poussé du juge constitutionnel dans le processus de contrôle »³⁸. Il existe, pour reprendre la distinction réalisée par F. Moderne, des sentences manipulatives par exclusion d'une interprétation inconstitutionnelle d'un texte, des sentences manipulatives par exclusion de l'interprétation a contrario de la disposition attaquée – on parle de « sentences additives » (parfois accumulatives) –, des sentences manipulatives par substitution de règles (arrêts « substitutifs »), des sentences « manipulatives par délégation ou habilitation » qui correspondent un peu aux interprétations directives du Conseil constitutionnel³⁹.

Cette technique présente de nombreux avantages. Sur le plan juridique, elle concourt à la garantie d'une meilleure sécurité juridique, dans la mesure où elle permet de régler des questions d'application de la loi sans que la procédure législative, qui peut être longue, soit déclenchée. Sur le plan politique, elle permet d'éviter un affrontement brutal avec le gouvernement et la majorité parlementaire qui a voté la loi, tout en donnant satisfaction aux saisissants qui la critiquent. À travers la technique de l'interprétation conforme, les juridictions constitutionnelles cherchent donc à éviter les solutions radicales que fournit le contrôle de constitutionnalité entendu au sens stricte. À ce titre, la Cour constitutionnelle allemande a affirmé qu'« une disposition législative n'est contraire à la Constitution que si, en suivant les règles d'interprétation, on ne peut procéder à aucune interprétation rendant la disposition compatible avec la Constitution »⁴⁰. Cette même idée se retrouve dans

36 Par exemple, dans la décision du 11 février 1982, n° 82-139 DC, *Loi de nationalisation*, le Conseil constitutionnel fixe à la Commission administrative évaluant les indemnités une démarche à suivre : « qu'il appartiendra, par exemple, à la Commission de combiner et de retenir les rapports calculés pour celles des banques cotées qui, pour leurs caractéristiques économiques et financières objectives, se rapprochent le plus des banques non cotées et de procéder aux corrections nécessaires ». Voir L. Favoreu, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 623.

37 L. Barac, *op. cit.*

38 F. Moderne, *op. cit.*, p. 114.

39 F. Moderne, *op. cit.*, p. 115.

40 CC, 24 avril 1985, *Loi réorganisation le refus de faire son service militaire*.

une décision rendue le 25 mars 1993 par le Tribunal constitutionnel espagnol, selon lequel « il convient uniquement de déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions dont l'incompatibilité avec la Constitution ne fait aucun doute du fait de l'impossible formulation d'une interprétation lui étant conforme »⁴¹.

Cependant, les pratiques relevées ne sont pas dépourvues de critiques. Dans un entretien publié dans le journal *Le Monde* le 12 janvier 2010, le ministre de la Relance de l'époque, Patrick Devedjian, déclarait que le Conseil constitutionnel « avait de plus en plus tendance à vouloir faire la loi en lieu et place du Parlement ». En Roumanie, où la Cour constitutionnelle a commencé à user de cette technique dès ses premières décisions⁴², les autorités politiques ont même interdit la pratique des décisions interprétatives par un amendement apporté le 25 juillet 1997 à la loi organique relative à la Cour⁴³, en prévoyant explicitement que : « Dans le cadre de l'exercice du contrôle de constitutionnalité, la Cour constitutionnelle ne statue que sur les questions de droit, sans pouvoir modifier ou compléter les dispositions de la loi soumise au contrôle. Aussi, la Cour constitutionnelle ne peut-elle statuer sur la manière dont la loi doit être interprétée ou appliquée, mais seulement sur sa conformité ou non à la Constitution ». L'intervention du législateur n'a toutefois

41 TC, 25 mars 1993, *Affaire de la condamnation pénale pour l'exercice illégal d'une profession*.

42 Dans sa décision n° 1 du 30 juin 1992, la Cour constitutionnelle roumaine a déclaré que la loi ne lui « octroyait pas le pouvoir d'attribuer une autre rédaction aux textes juridiques qu'elle considérerait comme rédigés de manière insatisfaisante, ce pouvoir appartenant à d'autres organes constitutionnels ». Par la décision n° 19 du 8 avril 1993, la Haute juridiction est revenue sur sa position et a établi que « dans les limites de ses attributions prévues par la Constitution, en cas de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, afin d'éviter l'absence de réglementation et les conséquences qui pourraient en résulter, la Cour s'estime en droit, jusqu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation en la matière, de donner aux textes attaqués devant elle l'interprétation qui s'harmonise avec la Constitution ». Dans la continuité de cette jurisprudence, elle a conclu, dans la décision n° 99 du 1^{er} novembre 1994, que « les dispositions de l'article 40 § 4) la deuxième phrase de la loi n° 29/1969 ne sont constitutionnelles que dans la mesure où la condition prévue dans le texte est interprétée dans le sens indiqué par la Cour ». De même, dans la décision n° 44 du 2 mai 1995, la Haute juridiction a déclaré que « les dispositions de l'article 16 b) de la loi relative aux notaires publics et à l'activité notariale ne sont constitutionnels que dans la mesure où l'expression „licencié en droit – sciences juridiques” désigne un diplômé délivré par une faculté de droit, quelle que soit sa spécialisation ».

43 Loi n° 138 du 25 juillet 1997.

pas eu d'impact sur les pratiques de la Cour, qui a continué à émettre des décisions interprétatives. La modification apportée en 1997 a été finalement supprimée en 2004, le nombre de ce type de décisions ne cessant de croître depuis⁴⁴.

Les jurisprudences des différentes juridictions constitutionnelles montrent que les critiques formulées à l'égard de l'utilisation de l'interprétation conforme et l'empiètement par le juge constitutionnel sur le domaine législatif ne sont pas totalement infondées. Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel français s'est prononcé sur une loi qui instituait de nouvelles modalités d'élections des conseillers régionaux, la complexité de la loi l'a conduit à détailler les renseignements que les autorités devraient délivrer aux électeurs pour les éclairer sur le nouveau mode de scrutin. Il va jusqu'à préciser les mentions qui devront figurer sur les bulletins de vote⁴⁵. Parfois, la frontière qui sépare le travail rédactionnel de celui qui tend à opérer une réécriture plus substantielle de la loi est donc mince. La décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 relative à la loi sur le pacte civil de solidarité est, elle aussi, un exemple topique en ce sens. Or, le Conseil constitutionnel a procédé à une redéfinition du texte comme établissant un contrat portant communauté de vie, notamment et implicitement, sur le plan sexuel, ce qui ne ressortissait ni du texte voté par les parlementaires, ni des débats.

Cette technique est utilisée avec la même intensité dans les décisions rendues dans le cadre du contrôle a posteriori. Ainsi, dans la décision n° 2017-624 QPC du 16 mars 2017, M. Sofiyan I [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II], le Conseil constitutionnel a considéré que le prolongement au-delà de douze mois d'une assignation à résidence par l'autorité administrative ne pouvait être conforme à la liberté d'aller et venir que si « le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics », ce qui, pour s'en assurer, implique que « l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires » et prenne en compte « dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions

⁴⁴ L. Barac, *op. cit.*

⁴⁵ CC, décis. n° 2003-468 DC du 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*.

de celles-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie ». Nous avons, dans le cas présent, non seulement des compléments apportés à la loi, mais aussi des directives adressées aux juges et aux autorités administratives. Dans la décision n° 2022-1034 QPC du 10 février 2023, le Conseil constitutionnel a utilisé la même procédure pour établir l'obligation qui incombe aux juges judiciaires de vérifier qu'au regard des circonstances, de la situation personnelle du mineur et de la gravité des infractions qui lui sont reprochées, le placement ou le maintien en détention provisoire n'excède pas la rigueur nécessaire, toute décision prise en ce sens devant être spécialement motivée par la nécessité de garantir son maintien à la disposition de la justice⁴⁶.

Le cas des sentences « manipulatives » italiennes, leur nom l'indique bien, démontre aussi l'audace dont peut faire preuve la Cour constitutionnelle lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi. Le Professeur Luciani souligne notamment que « souvent, la limite de l'interprétation conforme à la Constitution est dépassée »⁴⁷. La Professeure Lidia Barac parvient à la même conclusion pour la Cour constitutionnelle roumaine⁴⁸. A contrario, certaines juridictions semblent faire preuve de plus de prudence et refuser de trop « torturer la norme »⁴⁹. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a notamment rappelé que l'interprétation conforme était possible à condition de respecter l'esprit et le but de la loi⁵⁰. En Espagne, le Tribunal constitutionnel a reconnu que l'interprétation conforme pouvait, dans certains cas, déborder sur la législation. Il refusait de ce

46 CC, décis. n° 2022-1034 QPC du 10 février 2023, *Syndicat de la magistrature et autres [Placement ou maintien en détention provisoire des mineurs et relevés signalétiques sous contrainte]*. Les requérants reprochaient aux dispositions législatives introduites dans le Code de procédure pénale et le Code de la justice pénale des mineurs par la loi n° 2022-52 du 24 janvier 2022 relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure, de permettre à la juridiction qui constate qu'un mineur a été présenté devant elle par erreur de le placer ou de le maintenir en détention provisoire jusqu'à sa comparution devant une juridiction pour mineurs, quelle que soit la gravité de l'infraction qui lui est reprochée et alors même qu'elle n'est pas une juridiction spécialisée ni tenue de respecter une procédure appropriée. Il en résultait, selon eux, une méconnaissance du principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs, de l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la présomption d'innocence.

47 M. Luciani, *op. cit.*, p. 706.

48 L. Barac, *op. cit.*

49 CC, 24 avril 1985, *Loi réorganisant le refus de faire son service militaire*.

50 *Ibid.*

fait d'émettre une interprétation qui aurait pour effet de remodeler une disposition législative⁵¹.

Afin de prouver l'existence de limites dans son action interprétative, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a voulu faire preuve de pédagogie, en énonçant clairement les méthodes qu'elle utilise dans ce type de décisions. Une pratique qu'elle a plus particulièrement développée depuis la décision du 24 avril 1985, en précisant que l'interprétation conforme à la Constitution s'impose lorsque la lettre, l'histoire de l'élaboration, le contexte, l'esprit et le but de la loi permettent un résultat conforme à la Constitution⁵². Pour sa part, le Tribunal constitutionnel espagnol indique généralement qu'il a recours à l'interprétation conforme et rappelle le principe de cette interprétation⁵³. En France, la réserve d'interprétation est souvent laconique. Certes, comme le relève le Professeur Viala, la réserve ne « sort jamais du néant »⁵⁴. Elle est déduite des objectifs même de la loi⁵⁵, de certaines dispositions de la loi⁵⁶ ou

51 TC, décis. n° 20/82 du 5 mai 1982.

52 CC, 24 avril 1985, *Loi réorganisant le refus de faire son service militaire*, BVerfGE, tome 69, p. 1-57 : « Si la lettre, l'histoire de l'élaboration, le contexte d'ensemble des dispositions qui s'y rapportent et l'esprit et le but de celle-ci permettent plusieurs interprétations dont l'une d'elles conduit à un résultat conforme à la Constitution, l'interprétation qui est en harmonie avec la Constitution s'impose. ». En l'espèce, une telle interprétation a permis d'interpréter le § 8, phrase 2 de la loi réorganisant le refus de faire son service militaire comme pouvant obliger celui qui doit faire son service à faire seulement un service non armé. À propos de cette décision, voir M. Fromont, in P. Bon et D. Maus (dir.), *Les Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008, p. 713 et s.

53 L.-M. Diez-Picazo, in P. Bon et D. Maus (dir.), *Les Grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008, p. 763 et s.

54 A. Viala, « L'interprétation du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, p. 136.

55 Dans la décision du 18 septembre 1986, n° 86-117 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, le Conseil constitutionnel précise que « les articles 28 à 31 [de la loi] doivent être interprétés à la lumière des principes posés par la loi en ses articles 1 et 3 qui font obligation à la commission nationale de la communication et des libertés de préserver, par priorité, l'expression pluraliste des courants d'opinion ». Voir A. Viala, « Les réserves d'interprétation : un outil de resserrement de la contrainte de constitutionnalité », *RDP*, 1997, p. 1062.

56 Par exemple, dans la décision du 4 mai 1990, n° 90-273 DC, *Loi organique relative au financement de la campagne en vue de l'élection du Président de la République et de celle des députés*. Voir A. Viala, « Les réserves d'interprétation [...] », *op. cit.*, p. 1063-1064.

des débats parlementaires⁵⁷. Cependant, le Conseil constitutionnel ne l'indique que très rarement de manière explicite. Cela a été le cas, par exemple, dans la décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006 sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, en faisant explicitement référence aux travaux parlementaires pour préciser ce que le législateur entend par « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »⁵⁸ lorsque la loi prévoit le refus du regroupement familial dans l'hypothèse où le demandeur ne se conforme pas à de tels principes. La même méthode peut être relevée dans la pratique de la Cour constitutionnelle roumaine. Constatant une part d'activisme dans l'activité de la Haute juridiction, qui entraîne un empiètement sur l'action des pouvoirs législatif et exécutif et « la prise de positions non juridiques »⁵⁹, certains représentants de la doctrine, s'inspirant de la pratique de la Cour constitutionnelle allemande, ont formulé des propositions de limites au recours à cette technique décisionnelle, son utilisation légitime devant, selon eux, être conditionnée par une autolimitation de la juridiction constitutionnelle sur le fondement d'une liste d'exigences claire et formalisée⁶⁰.

57 Par exemple, la réserve formulée à propos de l'article 51 de la loi relative à la lutte contre les exclusions dans la décision du 29 juillet 1998, n° 98-403, qui fait écho aux engagements livrés à l'Assemblée nationale et au Sénat par les représentants de la majorité parlementaire et gouvernementale. Voir A. Viala, « L'interprétation du juge [...] », *op. cit.*, p. 136.

58 CC, n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration* : « 20. Considérant, par ailleurs, qu'il ressort des travaux parlementaires qu'en prévoyant que le regroupement familial pourra être refusé au demandeur qui ne se conforme pas aux „principes fondamentaux reconnus par les lois de la République”, le législateur a entendu se référer aux principes essentiels qui, conformément aux lois de la République, régissent la vie familiale en France, pays d'accueil ; 21. Considérant que, sous la réserve d'interprétation énoncée au considérant précédent, l'article 45 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution. »

59 Cette critique a été particulièrement formulée à l'égard des décisions n° 405/2016 et n° 392/2017 de la Cour.

60 I. Deleanu, *Justiția constituțională* [La justice constitutionnelle], București, Lumina Lex, 1995, p. 900 ; M. Constantinescu, « Notă la articolul publicat de Mircea Criste, Discuții cu privire la deciziile Curții Constituționale de interpretare conformă și consecințele acestora asupra controlului de constituționalitate » [Note à l'article publié par Mircea Criste, Discussions au sujet des décisions de la Cour constitutionnelle d'interprétation conforme et leurs conséquences sur le contrôle de constitutionnalité], *Dreptul*, n° 10-11, 1995, p. 37-39 ; T. Drăganu, « Efectele juridice ale deciziilor și hotărârilor Curții Constituționale (I) » [Les effets des décisions et arrêts de la Cour constitutionnelle (I)], *Revista de dreptul comercial*, n° 1, 1999, p. 49 -50 ; C. Ionescu, C. A. Dumitrescu

Certaines jeunes juridictions constitutionnelles ont pris l'initiative d'établir les limites de leur capacité normative, qu'elles ne doivent pas franchir. Un exemple intéressant à ce titre est celui de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud qui, dans un arrêt du 2 décembre 1999⁶¹, a indiqué que sa « doctrine » en la matière s'exprime à travers six principes⁶² :

- l'obligation du juge constitutionnel de respecter la Constitution, sa production normative, à l'instar de celle du législateur, étant soumise au respect de la hiérarchie des normes ;
- l'obligation de respecter la volonté générale du Parlement, le résultat atteint devant interférer le moins possible avec les autres textes législatifs ;
- l'obligation de définir avec une précision suffisante comment la loi doit être complétée pour se conformer à la Constitution ;
- l'obligation d'essayer de donner plein effet aux intentions du législateur, en choisissant, lorsque plusieurs choix peuvent être envisagés, la mesure corrective de l'inconstitutionnalité qui permet de les préserver ;
- l'obligation d'examiner les répercussions financières de l'action positive, l'intervention ne devant pas être réalisée lorsqu'elle va imposer à l'État de supporter des dépenses supplémentaires non prévues ;
- l'obligation de préserver l'acquis législatif, le niveau de protection garanti par le législateur ne pouvant pas être affaibli par le juge constitutionnel.

Il est évident que, malgré les lignes directrices posées, les juges constitutionnels disposent toujours d'une marge d'appréciation importante, leur non-respect n'impliquant d'ailleurs aucune sanction, d'ordre juridique en tout cas, car les décisions qu'ils rendent bénéficient d'un effet *erga omnes*. La détermination d'un cadre pour leur action positive est tout de même

et al., Constituția României comentată și explicată [La Constitution de la Roumanie commentée et expliquée], București, C.H. Beck, 2017, p. 1586.

61 Sur un commentaire de l'arrêt, voir D. Ribes, « Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2001, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-juge-constitutionnel-peut-il-se-faire-legislateur-a-propos-de-la-decision-de-la-cour>.

62 La Cour sud-africaine s'est principalement inspirée des principes dégagés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schachter c. Canada* du 9 juillet 1992.

importante. D'une part, elle peut aider les juges eux-mêmes à réaliser efficacement une pondération entre la garantie des valeurs constitutionnelles et le respect des prérogatives du Parlement. Cette appréciation formalisée de la proportionnalité de leur degré d'ingérence dans la législation offre une légitimité procédurale au pouvoir normatif qu'ils assument. D'autre part, elle sert comme preuve de leur volonté d'exercer un contrôle de constitutionnalité à la fois effectif et raisonnable, tout en restant attentifs au risque de porter atteinte aux compétences exclusives du Parlement. Si, comme le relèvent certains auteurs⁶³, la très grande majorité des juridictions constitutionnelles appliquent ces lignes directrices sans l'indiquer explicitement dans leurs décisions, le problème d'une telle pratique réside dans l'absence formelle de cadre et, en conséquence, d'une motivation suffisante des choix retenus par les juges constitutionnels dans leur action complétive, démontrant notamment que ceux-ci ne dépendent pas de leur libre volonté mais de contraintes constitutionnelles, à condition que ces dernières ne soient, elles aussi, modifiées en fonction des objectifs poursuivis, notamment de nature non juridique.

2. Le renforcement du pouvoir normatif du juge par l'élargissement du référentiel constitutionnel

Qualifiée de « nouveau *Marbury v. Madison* » par certains constitutionnalistes américains et français⁶⁴, la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971⁶⁵ est historique. En effet, l'affirmation, pour la première fois, de la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958 et, en conséquence, des deux textes auxquels il fait référence – le préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des droits de

63 Sur les exemples de l'Italie et de la France, voir Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétative » en France et en Italie*, Economica, PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1997, p. 89 et s.

64 Voir à ce titre M. Philip-Gay, « La décision Liberté d'association est-elle l'équivalent français de l'arrêt *Marbury v. Madison* ? », *RFDC*, n° 130, 2022/2, p. 337-359.

65 CC, décis. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

l'homme et du citoyen de 1789 – a permis au Conseil constitutionnel de s'affirmer pleinement en tant que garant des droits et libertés⁶⁶. Il s'est ainsi octroyé la possibilité de vérifier si le contenu des lois adoptées par le Parlement respecte ou non les droits et libertés énoncés dans ces deux textes dotés désormais d'une autorité supérieure aux lois. Les normes de référence dont le Conseil constitutionnel est depuis chargé d'assurer le respect ont été réunies sous la notion de « bloc de constitutionnalité »⁶⁷, employée pour la première fois par Claude Émeri et développée par Louis Favoreu⁶⁸. Contenant initialement trois textes écrits, auxquels a été rajoutée la Charte de l'environnement par la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-564 DC du 19 juin 2008⁶⁹, le bloc de constitutionnalité français a connu un important développement grâce aux interprétations très constructives de ce dernier.

Premièrement, la référence du préambule de la Constitution de 1946 aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République a permis à la Haute juridiction de créer de nouveaux principes, selon des conditions qu'elle a elle-même fixées⁷⁰, en cherchant leur ancrage dans un texte écrit, notamment le préambule de 1946 au niveau constitutionnel, et une ou plusieurs lois adoptées sous des régimes républicains. Ce faisant, le Conseil, tel que le soulignait Louis Favoreu en 1980, a donné « valeur de droit positif à des dispositions ou des principes

66 C'est dans la décision dite « Taxation d'office » de 1973 que le Conseil constitutionnel a pour la première fois rangé la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 au nombre des normes de référence de son contrôle au titre de l'article 61, al. 2 de la Constitution : « *Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* ».

67 C. Émeri, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française, vie et droit parlementaire », *RDP*, 1970, p. 678.

68 L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, p. 33 ; L. Favoreu, « Définition du bloc de constitutionnalité », in *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Puf, 1992, p. 87.

69 CC, déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*.

70 Les PFRLR sont reconnus dans des lois ; ces lois doivent être des lois républicaines ; lesdits principes ont le caractère de fondamentalité.

que l'on croyait „endormis” à jamais ou insusceptibles d'application »⁷¹. Cependant, certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ne sont reliés par la décision qui les reconnaît à aucune loi républicaine⁷². Comme le relève le Professeur Baranger, dans ce cas de figure, on se confronte au problème de « l'indétermination du rapport entre, d'une part, les normes „dégagées” par le juge et, d'autre part, les sources dans lesquelles ces normes sont censées être ancrées »⁷³. Problème qui se pose également pour les principes de valeur constitutionnelle ou encore les objectifs de valeur constitutionnelle dégagés par le Conseil constitutionnel pour qualifier « l'indépendance des médias »⁷⁴, « la bonne administration de la justice »⁷⁵, « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains »⁷⁶. Dans la jurisprudence du Conseil, nous trouvons également des références aux « exigences constitutionnelles », qu'il utilise sans qu'elles aient de référent précis. Ainsi, a-t-il pu évoquer des « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »⁷⁷ ou encore « l'exigence constitutionnelle de protection supérieure de l'enfant »⁷⁸. Comme le relève Thomas Dubut, « il s'agit là d'un ensemble d'obligations ou, bien évidemment, d'interdictions pour le législateur, sans que l'on puisse clairement en déterminer le contenu »⁷⁹. La difficulté découle également de l'existence d'une certaine porosité entre ces catégories, du fait notamment qu'elles n'apparaissent pas comme exclusives les unes des autres. Ainsi, dans une même décision, le pluralisme est-il successivement

71 L. Favoreu, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, n° 13 ; *Le Conseil constitutionnel*, avril 1980, p. 18 [<http://www.revue-pouvoirs.fr/L-apport-du-Conseil.html>].

72 C'est le cas, par exemple, du respect des droits de la défense dans la décision n° 76-70 du 2 décembre 1976. Cf. V. Champeil-Desplats, *Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Paris, Economica, 2001, p. 104.

73 D. Baranger, « Comprendre „le bloc de constitutionnalité” », *Jus Politicum*, n° 21, <http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html>.

74 CC, décis. n° 2009-577 DC du 3 mars 2009.

75 CC, décis. n° 2009-594 DC du 3 décembre 2009.

76 CC, décis. n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

77 CC, décis. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008.

78 CC, décis. n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019.

79 T. Dubut, « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des “exigences constitutionnelles” », *RFDC*, 2009, p. 758.

qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle, puis d'exigence constitutionnelle⁸⁰. De même, une décision mentionne « le principe constitutionnel de protection de la santé publique »⁸¹, alors qu'une autre décision précise que cette protection « revê[t] le caractère d'objectif de valeur constitutionnelle »⁸².

L'indétermination persiste aussi au niveau de la pratique de l'assemblage des références tirées du bloc de constitutionnalité pour justifier l'existence d'une norme issue de l'activité de création prétorienne du Conseil constitutionnel. Certaines combinaisons de textes – comme celle des articles 2 et 17 de la DDHC en ce qui concerne le droit de propriété – sont assez homogènes d'un point de vue thématique. Toutefois, que dire par exemple de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui impose au législateur, selon le Conseil constitutionnel, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules dépourvues d'équivoques et « découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 »⁸³ ? D'autres combinaisons sont encore plus « constructives » et dans de tels cas, on voit comment les cocktails de sources servent pour le juge à « mettre à jour » la Constitution dans le sens d'une interprétation « vivante » de celle-ci. Ainsi en est-il du « droit pour toute personne de posséder un logement décent » qui a été relié par le juge – de manière aussi claire et convaincante que possible – aux alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946 par la décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995. De manière plus générale, la pratique est structurelle dans le cas des objectifs de valeur constitutionnelle qui sont « construits » à partir d'un cocktail de textes si nombreux que la variété des principes fondés sur leur base est à peu près illimitée.

Dans une étude publiée en 2017 sur les limites de la mission du juge constitutionnel, Guy Canivet, ancien membre du Conseil constitutionnel, reconnaît le « pouvoir normatif potentiellement considérable » que la Haute juridiction détient depuis la décision du 16 juillet 1971, en pouvant « intégrer, dans les normes à partir desquelles [est exercé] le

80 CC, décis. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986.

81 CC, décis. n° 90-283 DC du 8 janvier 1991.

82 CC, décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993.

83 CC, décis. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de protection sociale* ; décis. n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*.

contrôle de constitutionnalité, des déclarations, proclamations et affirmations rédigées en des termes impropres à un effet direct et de les interpréter en déterminant leur contenu pour en faire une application positive »⁸⁴. Il souligne que la faculté d'édicter, d'actualiser des normes constitutionnelles « ne serait institutionnellement et socialement admissible que si elle n'est utilisée qu'avec une extrême prudence »⁸⁵. Or, la jurisprudence plus récente du Conseil constitutionnel « interroge la réalité de cette discipline jurisprudentielle de modération »⁸⁶ qu'on lui reconnaît de manière générale. Sur les questions environnementales, économiques et sociales d'importance primordiale pour l'État notamment, le Conseil a pu « mobiliser les ressources de son pouvoir normatif en infléchissant sensiblement des interprétations établies de la Constitution au service de sa propre vision des politiques publiques en cause »⁸⁷.

Nous pouvons ainsi constater à quel point le Conseil constitutionnel s'est écarté de la conception stricte et exigeante de la constitutionnalité – reposant sur une approche positiviste du droit de la justice et une définition purement formelle de la Constitution – que Charles Eisenmann défendait, en 1928, dans sa thèse de doctorat : « on doit entendre par constitutionnalité et on ne peut entendre par là que la conformité à une disposition expresse de la Constitution : contrôler la constitutionnalité, c'est, et c'est uniquement, vérifier qu'une règle quelconque ne déroge pas irrégulièrement à la Constitution. En dehors de là, tout est politique, droit naturel, arbitraire »⁸⁸. En 1980, Danièle Lochak critiquait le Conseil constitutionnel du fait qu'il s'appuyait sur des « textes vagues, ambigus et contradictoires [...] dont il détermine discrétionnairement la valeur juridique et les conditions d'application » mais aussi sur « l'incertitude qui s'attache à l'existence, à la consistance, à la valeur et à la portée des normes constitutionnelles »⁸⁹. Plus récemment, une thèse sur les normes

84 G. Canivet, « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *Cités*, n° 69, 2017/1, p. 42.

85 *Ibid.*

86 *Ibid.*

87 *Id.*, p. 57.

88 C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 19-20.

89 D. Lochak, « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 41.

de référence du contrôle de constitutionnalité a pu être conclue par le constat qu'« il n'y a plus une Constitution mais des normes constitutionnelles ; il n'y a plus des normes constitutionnelles mais des normes de référence du contrôle de constitutionnalité ; il n'y a plus un contrôle de constitutionnalité mais des contrôles de constitutionnalité »⁹⁰. Car à « l'usure du temps, le contrôle de constitutionnalité montre inlassablement le brouillard qui plane inéluctablement sur les normes référentielles, au point de les rendre instables et complexes »⁹¹.

En outre, le tableau des normes de référence du contrôle de constitutionnalité est complété par les normes conventionnels. En France, la notion de bloc de constitutionnalité date d'une période où prévalait dans toute sa rigueur la formule de principe de la décision n° 74-54 DC *Interruption Volontaire de Grossesse*, selon laquelle « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (cons. 7). Toutefois, comme le montre le Professeur Baranger, à partir des années 1990, le contrôle de constitutionnalité des lois a pris en considération de manière croissante des sources internationales, sans que le Conseil le reconnaisse explicitement⁹². Une pratique qui diffère de celle de la grande majorité des juridictions constitutionnelles européennes. Lorsque le texte constitutionnel renvoie aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, ou lorsque le juge constitutionnel accepte de les utiliser, ceux-ci deviennent des normes référentielles dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Tel est le cas en Espagne où la Constitution prévoit dans son article 10 alinéa 2 que les droits fondamentaux constitutionnels sont interprétés conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords portant sur ces mêmes questions. Ce type de prescriptions figure à l'article 4 alinéa 1^{er} de la Constitution de la République de Moldova et à l'article 20 de la Constitution de la Roumanie. En Italie, depuis la loi constitutionnelle n° 3 de 2001, l'article 117 alinéa

90 A. Roblot-Troizier, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Dalloz, 2007, p. 581.

91 A. Kpodar, « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité », *Constitutions*, 2015, p. 7.

92 D. Baranger, *op. cit.*

1^{er} de la Constitution pose un impératif de conformité des lois étatiques au droit international. Cela a conduit la Cour constitutionnelle, dans les sentences n° 348 et 349 du 22 octobre 2007, à s'estimer liée à l'interprétation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme donnée par la Cour de Strasbourg. En Belgique, depuis la décision n° 136/2004 du 22 juillet 2004, la Cour constitutionnelle exerce un contrôle par rapport aux droits fondamentaux reconnus par les traités internationaux ayant un contenu analogue à ceux reconnus par la Constitution (méthode du tout « indissociable »). Cette intégration conduit le juge constitutionnel belge à citer la Convention dans ses normes de références et les arrêts de la Cour de Strasbourg dans les motifs de ses décisions.

Le périmètre des normes de référence du contrôle de constitutionnalité apparaît donc de moins en moins défini. Il ne s'agit pas d'un ensemble de règles clairement délimitées et présidant à un contrôle aux fondements rigoureux. L'extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, justifiée en général par la nécessité de garantir un meilleur respect de l'État de droit, c'est-à-dire de la soumission au droit des organes supérieurs de l'État, n'ouvrirait-elle, dans le même temps, une boîte de Pandore ? Sur le plan théorique, l'on constate un glissement assez profond du sens des concepts. La définition du périmètre stricte est clairement impossible. Les caractères usuellement attribués à la règle écrite – stabilité, imputation au souverain ou à son représentant – sont désormais transférés sur la norme interprétée. Un constat qui pose la question de la nécessité de repenser la théorie du pouvoir constituant et le rôle attribué au peuple dans l'adoption de la constitution pour la rendre compatible avec les nouvelles pratiques des juges constitutionnels. Dans l'affirmative, une telle évolution serait-elle conforme aux définitions traditionnellement retenues de la démocratie et de l'État de droit ? La manière dont certaines juridictions constitutionnelles font évoluer leurs propres compétences confirme la pertinence de ces questions.

3. Confrontation directe du pouvoir constituant par l'exercice du contrôle a posteriori des lois constitutionnelles

Sollicité à trois reprises⁹³, le Conseil constitutionnel a conclu à son incompétence pour statuer sur les lois de révision constitutionnelle⁹⁴ en raison de l'absence dans la Constitution française de dispositions lui octroyant explicitement une telle faculté et de son attachement au respect du principe de souveraineté du pouvoir constituant. Cette position de principe du Conseil constitutionnel, largement débattue par la doctrine, plus particulièrement à l'issue de la décision n° 2003-469 DC du 23 mars 2003⁹⁵, devient aujourd'hui une exception sur le sol européen. Dans un certain nombre de pays membres du Conseil de l'Europe, tels que l'Arménie⁹⁶, l'Azerbaïdjan⁹⁷, la Moldavie⁹⁸, la Roumanie⁹⁹, l'Ukraine¹⁰⁰, les juridictions constitutionnelles ont été investies d'un rôle formel rendant leur intervention obligatoire si une procédure de révision de la norme suprême est engagée, ce contrôle portant sur la vérification de la présence de vice matériels et procéduraux lorsqu'il est effectué a priori et uniquement sur les exigences procédurales si les juges constitutionnels sont autorisés à intervenir a posteriori, comme c'est le cas en Roumanie. L'intervention des Cours constitutionnelles slovène et croate

93 CC, décisis. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct* ; CC, décisis. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne* ; CC, décisis. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*.

94 Pour une analyse des trois décisions et leur contexte, voir D. Baranger, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus Politicum*, n° 18 : <http://juspoliticum.com/article/Un-chantier-qui-ne-prend-jamais-fin-Le-juge-les-revisions-et-les-autres-formes-de-changement-constitutionnel-dans-la-France-contemporaine-1186.html>.

95 Pour une recension des publications, voir X. Magnon, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence », *RFDC*, n° 59, 2004/3, p. 595.

96 Article 168 al. 2) de la Constitution.

97 Article 153 de la Constitution.

98 Article 135 al. 1) lettre c) de la Constitution.

99 Article 146 lettre a) de la Constitution.

100 Article 159 de la Constitution.

est obligatoire dans le cadre des référendums constitutionnels d'initiative populaire¹⁰¹. En Hongrie, l'article 24 par. 5 de la Loi fondamentale prévoit que la Cour constitutionnelle peut contrôler la conformité des exigences procédurales énoncées par celle-ci en matière d'adoption et de promulgation des révisions constitutionnelles¹⁰². Les constituants de ce groupe de pays ont suivi les modèles allemand et autrichien où les Cours constitutionnelles disposent de la compétence de contrôle des lois constitutionnelles¹⁰³.

Dans d'autres États européens, malgré l'absence de la définition claire d'une telle compétence, les juridictions constitutionnelles exercent un contrôle si elles sont appelées à trancher les litiges portant sur les révisions constitutionnelles. En Italie, la justiciabilité des lois constitutionnelles pour vices de forme, notamment le non-respect de la procédure prévue par l'article 138 de la Constitution, est admise depuis la décision n° 38 du 27 février 1957. En 1988, la Cour constitutionnelle italienne a jugé que les lois constitutionnelles peuvent être déclarées inconstitutionnelles pour vices matériels également¹⁰⁴. Au Portugal, la compétence de la juridiction constitutionnelle en matière de contrôle

101 R. Podolnjak, « Constitutional Reforms of Citizen-Initiated Referendum », *Revus*, n° 26, 2015, p. 129-149 : <https://journals.openedition.org/revus/3337?lang=hr>.

102 L'introduction d'une telle compétence dans la Loi fondamentale hongroise a eu comme but de limiter le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle aux questions procédurales, alors que, dans la décision n° 45/2012 du 29 décembre 2012, elle s'était déclarée compétente pour contrôler les amendements constitutionnels dans l'optique de la constitutionnalité matérielle. Cf. Commission de Venise, *Avis sur le quatrième amendement à la Loi fondamentale de la Hongrie*, CDL-AD(2013)012, p. 24-25 : [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=C-DL-AD\(2013\)012-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=C-DL-AD(2013)012-f).

103 Voir en ce sens : J. Pini, « La Cour constitutionnelle autrichienne et les rapports entre juge constitutionnel et pouvoir constituant », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, 1999, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-constitutionnelle-autrichienne-et-les-rapports-entre-juge-constitutionnel-et-pouvoir> ; O. Lepsius, « Le contrôle par la Cour constitutionnelle des lois de révision constitutionnelle dans la République fédérale d'Allemagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2010, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-par-la-cour-constitutionnelle-des-lois-de-revision-constitutionnelle-dans-la-republique>.

104 CC, décis. n° 1146 du 29 décembre 1988. La Haute juridiction a confirmé sa position dans d'autres décisions rendues ultérieurement : n° 203 de 1989 ; n° 35 de 1997 et n° 132 de 2002. Cf. M. Luciani, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 27-31.

des lois constitutionnelles a été déduite des dispositions de l'article 281 al. 1 a) de la Constitution, prévoyant l'exercice du contrôle abstrait de constitutionnalité à l'égard de « toutes normes », et de celles des articles 288 et 289 de la Constitution qui dressent une liste très exhaustive de limites, appelées « matérielles » et « circonstanciées », s'imposant au pouvoir de révision¹⁰⁵.

De nombreuses Cours constitutionnelles de la région de l'Est de l'Europe ont suivi ces exemples. En Bulgarie, les juges constitutionnels ont répondu favorablement à cette question dans une décision interprétative du 10 avril 2003¹⁰⁶. Selon eux, l'absence d'un tel contrôle annihilerait l'effectivité des dispositions constitutionnelles leur octroyant la compétence de contrôler le respect de la répartition des compétences entre l'Assemblée nationale et la Grande Assemblée nationale dans le cadre des procédures de révision de la Constitution¹⁰⁷. Une loi constitutionnelle doit, par conséquent, être soumise au contrôle de constitutionnalité selon la règle générale. La Cour constitutionnelle tchèque a

105 Selon les dispositions de l'article 288 (Les limites matérielles de la révision) : « Les lois de révision constitutionnelle doivent respecter : a) l'indépendance nationale et l'unité de l'État ; b) la forme républicaine du gouvernement ; c) la séparation de l'église et de l'État ; d) les droits, les libertés et les garanties fondamentales des citoyens ; e) les droits des travailleurs, des comités de travailleurs et des associations syndicales ; f) la coexistence du secteur public, du secteur privé et du secteur coopératif et social de propriété des moyens de production ; g) l'existence de plans économiques dans le cadre d'une économie mixte ; h) le suffrage universel, direct, secret et périodique pour la désignation des membres élus des pouvoirs publics constitutionnels, des régions autonomes et du pouvoir local, ainsi que le système de la représentation proportionnelle ; i) le pluralisme de l'expression et de l'organisation politique, y compris celui des partis politiques, et le droit d'opposition démocratique ; j) la séparation et l'interdépendance des pouvoirs publics constitutionnels ; l) le contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques par action ou omission ; m) l'indépendance des tribunaux ; n) l'autonomie des collectivités territoriales ; o) l'autonomie politique et administrative des archipels des Açores et de Madère. » Au titre de l'article 289 (Les limites circonstanciées de la révision) : « Aucun acte de révision constitutionnelle ne peut être accompli en période d'état de siège ou d'état d'urgence. ».

106 CC, déc. n° 3 du 10 avril 2003, a. c. 22/2002.

107 En vertu de l'article 153 de la Constitution de Bulgarie, l'Assemblée nationale peut modifier et amender toute disposition de la Constitution à l'exception de celles relevant des pouvoirs de la Grande Assemblée nationale. Cette dernière est formée de 400 députés élus expressément pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle prévue. Selon les dispositions de l'article 160 al. 1 du texte constitutionnel, l'organisation d'élections en vue d'élire les membres de la Grande Assemblée nationale doit être votée par une majorité des deux-tiers des députés de l'Assemblée nationale.

adopté la même position en 2009 du fait de la nécessité de « protéger la Constitution »¹⁰⁸, après avoir refusé d'exercer une telle compétence dans la décision du 11 mars 2002¹⁰⁹. La Cour constitutionnelle de Slovaquie a adhéré au mouvement en 2019, en invoquant le même argument¹¹⁰. Cette stratégie argumentative a permis aux juges constitutionnels d'éviter le débat autour de la question de la nature des lois constitutionnelles et de leur valeur juridique et, conséquemment, de la légitimité de leur contrôle. Une dizaine d'années plus tard, l'approche conciliatrice semble abandonnée, les juridictions constitutionnelles affirmant, de manière claire et assumée, leur compétence exclusive dans ce domaine.

L'une des décisions les plus marquantes sur le plan de la motivation de la nouvelle ligne jurisprudentielle dominant l'espace européen est celle de la Cour constitutionnelle de Lituanie rendue le 30 juillet 2020¹¹¹, entièrement fondée sur la théorie schmittienne¹¹². De l'avis des juges lituaniens, « les lois modifiant la Constitution ne sont pas des actes de nature constituante car elles sont adoptées en conformité avec les règles énoncées dans la Constitution elle-même, qui lie à la fois le peuple et ses représentants. En tant qu'actes adoptés, soit directement par le peuple, soit par l'intermédiaire de sa représentation (*Seimas*), les lois modifiant la Constitution doivent respecter les limitations matérielles et procédurales qui découlent de la Constitution. Par conséquent, bien qu'ayant la force de Constitution, elles sont soumises à un contrôle de constitutionnalité. [...] Une interprétation différente de la Constitution viderait de leur sens les limitations matérielles et procédurales qu'elle établit ; elle ne créerait donc aucune condition préalable à la défense des valeurs universelles sur lesquelles se fonde la norme suprême, en tant que loi suprême et en tant que contrat social ; elle ne créerait aucune condition préalable à la protection de ces valeurs et de l'harmonie des dispositions constitutionnelles et, en même temps, ne créerait aucune condition préalable à la garantie de la suprématie de la Constitution ».

Du point de vue théorique, les arguments invoqués par la Cour constitutionnelle de Lituanie ne sont pas dénués de fondement. À l'image du

108 CC, décis. n° PL. US 27/09 du 10 septembre 2009.

109 CC, décis. n° PL. US 21/01 du 11 mars 2002.

110 CC, décis. n° PL. US 21/2014 du 30 janvier 2019.

111 CC, décis. n° KT135-N11/2020 du 30 juillet 2020.

112 C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Léviathan, PUF, 1993, p. 213-214.

célèbre *obiter dictum* du Conseil constitutionnel français, « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹¹³, l'on pourrait dire que la loi constitutionnelle n'exprime la volonté souveraine que dans le respect du texte constitutionnel et des prescriptions que celui-ci contient. La pratique montre toutefois que l'invalidation d'une réforme constitutionnelle plusieurs années plus tard peut poser des problèmes sérieux quant au respect du principe de sécurité juridique, de l'équilibre institutionnel et, plus généralement, de la garantie effective des principes et valeurs de la démocratie et de l'État de droit. Les incidents relevés ne sont, fort heureusement, pas nombreux, l'adoption d'une loi constitutionnelle étant par définition un acte assez rare, ce qui implique une intervention exceptionnelle de la part des juridictionnelles constitutionnelles. Nonobstant, les conséquences identifiées sont suffisamment graves pour qu'une réflexion de fond soit menée sur la question de leur intervention sur ce terrain.

En effet, le 30 septembre 2010, la Cour constitutionnelle ukrainienne rendait un arrêt par lequel elle déclarait non conforme à la Constitution la loi constitutionnelle n° 2222-IV du 8 décembre 2004 en raison du non-respect de la procédure prévue à l'article 159 de la norme suprême¹¹⁴. En l'espèce, la *Verkhovna Rada* avait amendé la Constitution par la loi constitutionnelle n° 2222-IV, laquelle modifiait à son tour le projet d'amendement n° 4180, validé par la Cour dans son avis du 12 octobre 2004¹¹⁵. Or, dans le cas où des modifications sont apportées au projet ou proposition de la loi constitutionnelle au cours du débat parlementaire, un nouvel avis doit être sollicité à la Cour constitutionnelle. Il est donc indéniable que les règles procédurales n'ont pas été respectées par le pouvoir de révision.

Cette même loi constitutionnelle avait déjà fait l'objet d'une contestation devant la Haute juridiction ukrainienne. Cette dernière avait rejeté la saisine des 102 députés par une décision du 5 février 2008 au motif que la loi querellée était partie intégrante de la Constitution depuis le 1^{er} janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle¹¹⁶. Or, la norme suprême ne prévoyait pas de contrôle a posteriori pour ce

113 CC, décis. n° 85-197 DC du 23 août 1985.

114 CC, décis. n° 20-rp/2010 du 30 septembre 2010.

115 CC, avis n° 2-v/2004 du 12 octobre 2004.

116 CC, décis. n° 6-u/2008 du 5 février 2008.

type de lois. Cette interprétation littérale du texte constitutionnel a été abandonnée par la Cour dans la décision du 26 juin 2008, rendue dans le contexte d'un conflit qui l'a opposée au législateur¹¹⁷. Celui-ci avait en effet modifié la loi relative à la Cour constitutionnelle pour exclure explicitement de son domaine de compétences le contrôle des lois constitutionnelles. En réaction à la décision du législateur, les juges constitutionnels ont conclu qu'un tel contrôle devait pouvoir être effectué. Or, en son absence, il était impossible de vérifier le respect des avis visant la conformité à la Constitution des projets ou propositions de lois constitutionnelles préalablement rendus par la Cour, ainsi que des limites imposées au pouvoir de révision par les dispositions des articles 157 et 158 de la Constitution.

Dans l'affaire du 30 septembre 2010, la Cour a donc confirmé sa nouvelle ligne jurisprudentielle et invalidé une réforme constitutionnelle entrée en vigueur quatre ans plus tôt, avec une prise d'effet de la décision le jour-même et donc en l'absence d'une période transitoire devant permettre aux autorités politiques d'agir. En rendant cette décision, les juges constitutionnels n'ont pris en compte ni le temps écoulé, ni le caractère particulier de la réforme constitutionnelle invalidée, celle-ci ayant de fait modifié le régime politique, la composition de certaines institutions et le mode de désignation de leurs membres. L'État ukrainien s'est donc retrouvé avec un système institutionnel rendu illégitime par la Cour constitutionnelle, tout en sachant que la question de la légitimité se posait pour la Cour elle-même du fait que certains de ses membres avaient été désignés par les institutions formées sur le fondement de la révision constitutionnelle de 2006.

Dans un avis du 20 décembre 2010 portant sur la situation en Ukraine, la Commission de Venise, tout en évitant de se prononcer sur l'exercice même de la compétence par la juridiction constitutionnelle, a souligné la gravité des conséquences et appelé « à la plus grande prudence »¹¹⁸. Appel qui, semble-t-il, n'a pas été entendu par la Cour constitutionnelle moldave, qui par un arrêt du 4 mars 2016, a déclaré non conforme à la Constitution la loi constitutionnelle n° 1115-XIV du

117 CC, décis. n° 13-rp/2008 du 26 juin 2008.

118 Commission de Venise, *Avis sur la situation constitutionnelle en Ukraine*, 2à décembre 2010, CDL-AD(2010)044 : [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2010\)044](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)044).

5 juillet 2000 ayant remplacé, entre autres, l'élection du Président de la République au suffrage universel direct par son élection par le Parlement dans le cadre d'un vote secret. Les motifs invoqués par les juges moldaves ont été identiques à ceux de leurs homologues ukrainiens : la modification du projet de la loi constitutionnelle en cause après l'obtention de l'avis favorable de la Cour constitutionnelle¹¹⁹. Ne disposant pas de la compétence de contrôle des lois constitutionnelles, la Haute juridiction l'a déduite des dispositions de l'article 135 lettre a) prévoyant le contrôle de constitutionnalité a posteriori « des lois ». En l'absence de précision concernant le type de loi soumis au contrôle, elle a conclu que les lois constitutionnelles devaient être considérées comme faisant partie de la catégorie « des lois » visée par le constituant. Estimant qu'il était nécessaire de « mettre sur le bon chemin le fonctionnement des institutions », selon les dires du président de la juridiction, après des années de crises politiques successives dues à l'impossibilité d'élire le président de la République du fait de la non-obtention de la majorité requise, la Cour a décidé d'annuler une révision constitutionnelle seize ans après son entrée en vigueur.

Si l'argumentation de la Cour moldave est essentiellement similaire à celle des autres juridictions constitutionnelles, le contexte dans lequel sa décision a été prononcée, outre le délai de seize ans qui dépasse tout caractère raisonnable, à supposer qu'il y en ait un, a été particulier, dans le sens où six ans plus tôt, un référendum constitutionnel avait été organisé en vue de la modification du mode d'élection du président de la République, avec notamment la réintroduction du suffrage universel direct comme cela avait été le cas avant la révision constitutionnelle de 2000. En raison de la très forte abstention, le taux de 33% requis pour la

119 En effet, le texte initial du projet de révision validé par la Cour dans l'avis n° 6 du 16 novembre 1999 prévoyait l'élection du candidat ayant obtenu « la majorité des voix des députés élus », alors que la version adoptée a introduit « la majorité des trois-cinquièmes des députés élus ». De l'avis des juges constitutionnels, l'article 141 alinéa 1) de la Constitution permet au Parlement d'apporter des modifications aux projets de lois constitutionnelles, mais uniquement dans la mesure où celles-ci n'affectent pas l'essence de leur contenu, tel que validé par les juges constitutionnels. Or, la modification en cause a conduit à une augmentation significative du nombre requis de voix pour élire le président de la République et rendu la procédure de désignation beaucoup plus complexe.

validation du scrutin n'a pas été atteint¹²⁰. Le résultat du référendum n'a toutefois pas été considéré par la Cour comme un élément devant être pris en compte « à partir du moment où il n'a pas permis de résoudre le problème qui constituait la principale cause des crises politiques passées ou à venir ».

Les cas de l'Ukraine et de la Moldavie mettent certes en exergue les limites du contrôle a priori des projets ou des propositions de lois constitutionnelles prévu dans ces pays, comme c'est le cas également en Roumanie, en Arménie et en Azerbaïdjan, qui est obligatoire mais qui n'est pas assorti des garanties nécessaires pour assurer sa pleine efficacité. Une fois l'avis reçu et même s'il est obligatoire, le pouvoir de révision peut modifier le projet de révision constitutionnelle sans demander un nouvel avis. Ce détournement de procédure ne peut pas être sanctionné du fait qu'aucun autre contrôle n'est prévu par le texte constitutionnel. L'exercice d'un contrôle a priori classique, c'est-à-dire avant la promulgation des lois constitutionnelles adoptées par la voie parlementaire ou référendaire, se limitant à la vérification stricte des limites formelles ou matérielles établies par le constituant pourrait remédier aux dysfonctionnements relevés, lesquels ont été utilisés comme argument par les deux Cours pour justifier leur intervention plusieurs années après l'entrée en vigueur des révisions constitutionnelles.

Plus généralement, l'établissement formel d'une telle compétence dans les textes constitutionnels pourrait garantir un encadrement du contrôle exercé par les juridictions constitutionnelles, qui semble pour l'instant illimité, après avoir été établi de manière discrétionnaire par les juges eux-mêmes, ce qui pose non seulement un problème de légitimité, mais aussi de respect du principe de la séparation des pouvoirs qui est l'élément central de l'équilibre nécessaire au maintien d'un régime démocratique.

Comme le soulignait Jürgen Habermas dans son ouvrage intitulé *Droit et démocratie*, l'affirmation d'un pouvoir normatif juridictionnel limité ne constitue pas un empiètement illégitime sur les compétences du législateur. C'est l'élargissement des marges décisionnelles des juges qui risquent de déséquilibrer l'édifice normatif de l'État de droit

120 Le taux de participation a été de 29,67 %.

classique¹²¹. En réalité, l'action positive du juge constitutionnel n'est pas contraire à la séparation des pouvoirs si elle repose sur le maintien de la différence existant, du point de vue méthodologique, entre fonction législative ou constituante et fonction de justice constitutionnelle. En effet, le législateur et le constituant sont les seuls constitutionnellement habilités à exercer la fonction d'innovation de l'ordre juridique. Ils disposent d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation leur permettant de statuer largement en opportunité. Les règles qui gouvernent le contrôle de constitutionnalité sont très différentes des principes qui régissent les décisions politiques. Le juge constitutionnel est soumis à des contraintes de nature juridique tenant notamment à l'objet de sa mission, aux conditions de son intervention et à la procédure suivie. Son action se limite à étalonner et sanctionner un état d'adéquation des normes légales à la norme supérieure, la Constitution.

Les nombreux exemples analysés dans la présente étude montrent toutefois que la sauvegarde de la balance entre l'étendue du contrôle de constitutionnalité et le domaine fonctionnel des autres pouvoirs n'est pas chose aisée. La limite entre l'examen du juge, qui tend à purger le texte d'éventuelles inconstitutionnalités ou de constater son incompatibilité avec le texte constitutionnel, et la tentation d'opérer un contrôle de l'opportunité politique de l'acte, est très fine. La technique de l'autolimitation du juge (judicial self-restraint) fait montre de sa volonté de ne pas usurper par le biais du contrôle la prise de la décision qui appartient à un autre organe. Elle vise à préserver le libre espace d'action politique garanti par la Constitution aux autres organes constitutionnels. Cependant, cette limitation, dont le but est la garantie de la liberté d'action politique, ne représente pas une autolimitation, telle que conçue aujourd'hui par un nombre croissant de juridictions constitutionnelles car cela signifierait qu'elles sont maîtres de leurs propres compétences et peuvent en disposer de manière discrétionnaire en décidant, dans certains cas de figure, de moduler l'étendue de leur contrôle afin de ne pas porter atteinte à la liberté politique d'un autre organe. La limitation résulte de la qualité d'organe faisant partie de leur pouvoir de rendre la justice, ainsi que des standards d'examen mis à leur disposition. Les juges constitutionnels doivent accomplir la mission qui leur est

121 J. Habermas, *Droit et démocratie*, 1992, Gallimard, 1997, p. 269.

constitutionnellement attribuée, en n'essayant pas de substituer leurs considérations à celles des organes politiques compétents.

Les juridictions constitutionnelles ne se situent pas au-dessus de la Constitution. Elles exercent les compétences que cette dernière lui attribue afin de garantir un ordre juridique constitutionnellement conforme. La prétendue incompatibilité de la justice constitutionnelle avec le principe de la séparation des pouvoirs ne réside pas dans ses compétences. La difficulté se situe au niveau de la manière dont elles sont exercées et de la tendance à politiser les décisions, chose qui, par essence, ne relève pas des pouvoirs des juges, soient-ils constitutionnels.