

Le Conseil constitutionnel et les sources du droit constitutionnel

Traiter du Conseil constitutionnel et des sources du droit constitutionnel à l'occasion d'une journée d'études consacrée à l'analyse critique des transformations des différentes branches du droit par la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut paraître iconoclaste, et ce pour deux raisons : d'abord, parce que la transformation du droit constitutionnel par la jurisprudence constitutionnelle relève d'une telle évidence qu'il est possible de s'interroger sur la pertinence même d'une telle étude ; ensuite, parce que la jurisprudence constitutionnelle est tout à la fois une composante de la branche du droit qu'est le droit constitutionnel et le vecteur essentiel de la constitutionnalisation des différentes branches du droit.

La transformation envisagée ici porte sur les sources du droit constitutionnel : elle a trait à la manière dont le Conseil constitutionnel participe, par sa jurisprudence, à la diversification des sources du droit constitutionnel, au point qu'il puisse apparaître nécessaire de mettre de l'ordre dans le désordre ou d'imaginer des théories structurantes¹.

Du point de vue de la justice constitutionnelle, les sources du droit constitutionnel sont communément présentées à travers l'expression de « bloc de constitutionnalité ». Pourtant, le Conseil constitutionnel n'emploie jamais cette expression, sauf lorsqu'il reprend l'argumentation des auteurs de la saisine dans le cadre du contrôle *a priori* de la constitutionnalité de la loi². Il lui préfère une expression plus technique, mais aussi plus précise, de « normes de référence du contrôle de constitutionnalité » ou, selon les cas, celle de « principes et règles de valeur constitutionnelle ».

Utilisée par la plupart des juristes français, l'expression de « bloc de constitutionnalité » est une pure construction doctrinale et dogmatique, élaborée à partir de l'étude de la jurisprudence. L'expression apparaît pour la première fois sous la plume de Claude Emeri et Jean-Louis Seurin commentant à la *Revue du droit public*

¹ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique, Entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presse universitaire Saint-Louis, 2002 ; M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006 ; D. DE BÉCHILLON, « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, n° 137, 2011, p. 33.

² CC n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, cons. 22.

la décision n° 69-37 DC du 20 novembre 1969 du Conseil constitutionnel³. Les auteurs entendaient mettre en évidence le fait que, dans cette décision, la constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires s'apprécie « tant au regard de la Constitution elle-même que des lois organiques prévues par celle-ci ainsi que des normes législatives nécessaires à la mise en place des institutions, prises en vertu de premier alinéa de l'article 92 de la Constitution⁴ ». À l'origine, l'expression « bloc de constitutionnalité » avait donc vocation à souligner la diversité des normes de référence du contrôle de constitutionnalité composées de normes de valeurs juridiques diverses ayant pour point commun de conditionner la constitutionnalité des normes contrôlées.

Le sens de l'expression se transforme lorsqu'elle est reprise par Louis Favoreu, particulièrement dans son article sur le « principe de constitutionnalité⁵ », pour rendre compte des conséquences découlant de la décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association⁶. Comme le reconnaît Louis Favoreu lui-même⁷, l'expression « bloc de constitutionnalité » est née, par mimétisme, de celle de « bloc de légalité », que l'on trouve chez Maurice Hauriou sous la dénomination de « bloc légal⁸ » et qui désigne, au-delà des lois proprement dites, les règles qui s'imposent aux autorités administratives. Le « bloc légal » ou « bloc de légalité » exprime l'entrée des « règles réglementaires [...] dans la légalité entendue au sens large, c'est-à-dire au sens d'un bloc de règles dont les dispositions doivent être observées pour la validité des actes particuliers⁹ ».

Alors que l'expression « bloc de constitutionnalité » permettait d'exprimer la diversité des règles s'imposant au législateur dans le contrôle de constitutionnalité, la diffusion et la banalisation de l'expression se sont accompagnées d'une évolution sémantique. Le « bloc de constitutionnalité » est aujourd'hui largement assimilé aux « normes constitutionnelles », à telle enseigne que Louis Favoreu lui-même, estimant que la notion de bloc de constitutionnalité a « rempli son office », propose son abandon au profit de celle de « Constitution¹⁰ ». Le « bloc de constitutionnalité » est en effet défini comme étant l'« ensemble des principes et règles de valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif comme au pouvoir

³ Cl. EMERI et J.-L. SEURIN, « Vie et droit parlementaire », *RDP*, n° 86, 1970, en part. p. 678. Voir sur ce point, B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *Mélanges G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 323.

⁴ CC n° 69-37 DC du 21 novembre 1969, Résolution modifiant et complétant le règlement de l'Assemblée nationale.

⁵ L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges C. Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, p. 35.

⁶ CC 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.

⁷ L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 565, en part. p. 566.

⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, 2002 [1933], p. 577.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », in O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 87, en part. p. 88 ; et L. FAVOREU *e. a.*, *Droit constitutionnel*, 18^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 135.

exécutif¹¹ ». Il s'agit donc des « dispositions de valeur constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel doit assurer le respect¹² ».

Assimilée aux normes constitutionnelles, l'expression « bloc de constitutionnalité » efface la distinction, au sein des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, entre celles qui ont valeur constitutionnelle et celles qui, sans avoir cette valeur, conditionnent la constitutionnalité d'une norme contrôlée. Cette distinction est pourtant indispensable pour comprendre les évolutions des sources du droit constitutionnel.

Parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité figurent en effet des normes issues d'autres branches du droit et c'est là l'une des facettes la « constitutionnalisation des branches du droit ». On y trouve des règles ou des principes issus du droit international, du droit européen et des différentes branches du droit interne, qui, à des degrés divers, trouvent une place parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Cette imprégnation des branches du droit oblige à abandonner l'expression de « bloc de constitutionnalité » en tant qu'il est assimilé aux normes de valeur constitutionnelle, voire à repenser la théorie des sources du droit constitutionnel.

L'expression « bloc de constitutionnalité » présente un autre défaut que l'on se contentera d'évoquer ici : cantonner les normes constitutionnelles au « bloc de constitutionnalité » revient à ne voir le droit constitutionnel qu'à travers le prisme de la justice constitutionnelle. Considérer que la source du droit constitutionnel se résume au « bloc de constitutionnalité », c'est oublier tout un pan du droit constitutionnel qui n'est pas justiciable devant le Conseil constitutionnel, correspondant à toutes les règles et principes non sanctionnés par le juge et résultant soit d'un article de la Constitution, soit d'une « convention de la Constitution¹³ ».

Le terme de « bloc » exprime l'idée d'un tout, d'un ensemble homogène et stable : « l'idée de "bloc" évoque celle de solidité et d'unité¹⁴ ». Or, précisément, les sources du droit constitutionnel ne sont ni homogènes, ni stables. Elles sont constituées d'un mélange de sources écrites et non écrites, d'interprétations des textes par les acteurs politiques et par le juge, de normes de valeur constitutionnelle et de normes conditionnant la constitutionnalité sans avoir valeur constitutionnelle, déduites du texte constitutionnel ou inspirées des diverses branches du droit et en perpétuelle évolution.

Face au foisonnement des sources dans l'ordre constitutionnel, la notion de « bloc de constitutionnalité » est devenue anachronique. La présentation traditionnelle d'un « bloc de constitutionnalité » composé de la Constitution, des textes que

¹¹ L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité », art. cité, p. 87.

¹² G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 35, en part. p. 49.

¹³ P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, Paris, PUF, 1997, 202 p. ; J.-P. CAMBY, « À propos des conventions de Constitution », *RDP*, 1998, p. 5 ; J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375 ; F. LEMAIRE, « Les conventions de la Constitution dans le système juridique français », *RFDC*, n° 35, 1998, p. 451 ; Y. MÉNY, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, p. 53.

¹⁴ L. FAVOREU, « Le bloc de constitutionnalité », in *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 565, en part. p. 566.

viser son Préambule – Déclaration des droits de l’homme, Préambule de la Constitution de 1946 et Charte de l’environnement –, ainsi que des principes et objectifs dégagés par le juge constitutionnel – principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et objectifs de valeur constitutionnelle – ne correspond plus à la réalité du contentieux constitutionnel. Personne n’ignore que le droit européen y est omniprésent et que le « droit vivant » tel qu’il s’exprime dans les différentes branches du droit n’est pas négligé par le juge constitutionnel.

C’est pourquoi on se propose de privilégier le terme de « source », dont on a bien conscience qu’il est lui-même polysémique et quelque peu suranné. Mais le retour en grâce de ce terme pourrait être favorisé par l’enchevêtrement des systèmes juridiques et des branches du droit.

La notion de source est problématique. L’expression est rarement « étudiée pour elle-même, mais [plutôt] pour ses éléments constitutifs¹⁵ », ce qui pose un autre problème : celui de l’établissement, par le droit, d’une liste des sources du droit, velléité à la fois « paradoxale » et « illusoire » en ce qu’en voulant figer les sources du droit, le droit nie leur pluralisme car il tente de faire découler la qualification de « source » de l’une d’elle¹⁶. Mais la notion de source reste « irremplaçable¹⁷ ». « Terme plastique¹⁸ », le terme de source permet en effet tout à la fois d’embrasser le texte et l’origine du texte – là d’où il jaillit –, d’appréhender l’élaboration et la production du droit. La source se distingue ainsi de la norme juridique entendue comme la « signification d’un acte par lequel une conduite est prescrite, ou permise et en particulier habilitée¹⁹ » et caractérisée par son insertion dans un système juridique ou ordre juridique qui lui confère sa validité²⁰. De la source naît la norme juridique, ce qui n’empêche pas que la norme juridique soit aussi une source du droit. Une norme juridique peut en effet constituer une source du droit lorsqu’elle est transposée d’un ordre juridique dans un autre ou d’une branche du droit dans une autre : la norme juridique se révèle alors être une source du droit et devient une nouvelle norme juridique dans cet autre ordre juridique ou branche du droit où elle a été transplantée.

¹⁵ P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1430.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ D. DE BÉCHILLON, *Qu’est-ce qu’une règle de Droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 219.

¹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 7. L’auteur précise alors qu’il « faut distinguer nettement cette norme de l’acte de volonté qui la pose : elle est bien la signification spécifique de cet acte qui vise, en intention, la conduite d’autrui ; elle est cependant autre chose que cet acte ». Pour le professeur Béchillon, la « norme » peut être conçue comme la « signification d’une proposition de type verbal ou immédiatement compréhensible comme tel, au travers de laquelle il est cherché, directement ou indirectement, à imposer une conduite (ou, à tout le moins, la finalité d’une conduite) aux Hommes ou aux institutions » (D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l’État*, Paris, Economica, 1996, p. 39 *sqq.*).

²⁰ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines sur l’ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p. 19, en part. p. 25 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu’est-ce qu’une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 250 *sqq.* ; M. VIRALLY, « Notes sur la validité du droit et son fondement », in *Mélanges Charles Eisenmann*, *op. cit.*, 1975, p. 453, en part. p. 463.

Appliqué au droit constitutionnel, le terme de « source », par son caractère polysémique, permet justement d’embrasser toute la diversité de la matière constitutionnelle. La source formelle première est la Constitution, elle-même fruit du pouvoir constituant souverain, mais le droit constitutionnel se construit aussi par ses acteurs. Parmi ces acteurs, le Conseil constitutionnel contribue à la construction des sources du droit constitutionnel : il est, comme les autres pouvoirs publics, un instrument de la construction et de l’évolution du droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel est à la fois, et dans un même mouvement, une institution capable d’identifier les sources du droit constitutionnel et de les produire, sans pour autant disposer d’un monopole en la matière et sans disposer du dernier mot, celui-ci appartenant au pouvoir constituant.

Il s’agit ici de tenter de dresser un bilan de cette diversité ou, plus exactement, de cette diversification des sources du droit constitutionnel à travers la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de proposer *in fine* une typologie des sources du droit constitutionnel. L’hétérogénéité des exemples oblige à procéder par catégories. Comme toute catégorisation, elle comporte des limites intrinsèques et, sans aucun doute, une autre présentation pourrait être retenue.

L’étude de la jurisprudence constitutionnelle conduit à retenir deux modes de diversification des sources du droit constitutionnel : elle est tantôt le fruit de renvois exprès à des sources externes lorsque le texte constitutionnel intègre une référence explicite à une source du droit externe (I), tantôt le fruit de méthodes d’interprétations jurisprudentielles faisant écho aux différentes branches du droit (II).

I. LA DIVERSIFICATION DES SOURCES PAR RENVOIS EXPRÈS

La diversification des sources par renvois exprès résulte de l’existence, dans le texte constitutionnel, de dispositions qui se réfèrent expressément à des normes extérieures à la Constitution. Ces renvois exprès concernent des engagements internationaux et européens, comme des textes de droit interne tels des lois organiques ou l’accord de Nouméa.

A. Les renvois à des sources internationales et européennes

Les normes internationales et européennes ont une place dans la Constitution, définie par l’article 55 de la Constitution qui attribue aux engagements internationaux une autorité supérieure à celle des lois et par le Préambule de la Constitution de 1946 lequel, d’une part, reconnaît l’autorité des « règles du droit public international²¹ », auxquelles la République se conforme, et, d’autre part, accepte que la France consente « aux limitations de souveraineté nécessaires à l’organisation et à la défense de la paix²² ».

Dans un premier temps, cette double mention du droit international dans la Constitution n’a pas impliqué l’intégration de ce droit parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Au contraire, le Conseil a établi une séparation entre le contrôle de la constitutionnalité des lois relevant de sa compétence

²¹ Alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946.

²² Alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946.

et le contrôle de leur conventionnalité, qui relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires au stade de l'application de la loi²³.

Toutefois, au gré des révisions constitutionnelles, procédant par « révision-adjonction » ou « révision-dérogation », le droit international et européen a pénétré les normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

Ainsi, les traités relatifs à l'Union européenne ont fait leur apparition dans notre Constitution à partir de 1992 avec l'introduction d'articles ayant vocation à lever les obstacles constitutionnels à leur ratification. La technique utilisée, celle d'une référence explicite à des traités identifiés et datés, induit qu'à quasiment chaque modification des traités fondateurs de l'Union, une révision constitutionnelle s'impose. La référence explicite aux traités dans le texte constitutionnel affecte les normes de référence du contrôle de constitutionnalité en ce que les traités, ainsi expressément visés par la Constitution, conditionnent la constitutionnalité des lois qui entrent dans leur champ d'application ou les mettent en œuvre. Une parfaite illustration est offerte par la décision du 20 mai 1998 relative au droit de vote et d'éligibilité des citoyens européens aux élections municipales²⁴ : sur le fondement de l'article 88-3 de la Constitution reconnaissant ce droit « dans les conditions prévues par le Traité sur l'Union européenne », le Conseil constitutionnel a confronté la loi organique mettant en œuvre l'article 88-3 aux « modalités prévues » par le droit européen, lesquelles sont fixées dans une directive communautaire. Il a ainsi opéré un contrôle de la conventionnalité de la loi organique, en dérogeant à sa jurisprudence Interruption volontaire de grossesse²⁵.

Un scénario comparable d'intégration d'une source, formellement internationale, dans le contrôle de constitutionnalité, est envisageable sur le fondement de l'article 53-2, issue de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999, qui mentionne le traité portant statut de la Cour pénale internationale : le Conseil constitutionnel est en effet en mesure de constater la violation de l'article 53-2, voire de l'article 67 de la Constitution qui y renvoie, par une loi d'amnistie si cette loi est incompatible avec le traité portant statut de la Cour pénale internationale qui fixe l'étendue de la compétence de cette juridiction.

Si ces traités internationaux et européens expressément visés par la Constitution peuvent servir de normes de référence du contrôle de constitutionnalité, ils ne sont pas constitutionnalisés en ce sens qu'ils n'acquièrent pas valeur constitutionnelle : le pouvoir constituant se contente d'en imposer le respect par une disposition constitutionnelle qui y renvoie. Dans tous les cas, la source, internationale ou européenne, de droit originaire ou de droit dérivé, peut être modifiée ou abrogée dans le respect des procédures propres à sa modification ou à son abrogation, telles qu'elles sont définies par le droit international ou européen. Elle entre alors en vigueur dans l'ordre interne sans révision constitutionnelle préalable, sauf si, à nouveau saisi, le Conseil constitutionnel constate que le traité modifié méconnaît des principes et des règles de valeur constitutionnelle²⁶.

²³ CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, *Rec.*, p. 19.

²⁴ CC n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne, *Rec.*, p. 55.

²⁵ Décision n° 74-54 DC précitée.

²⁶ Par exemple, CC n° 97-394 DC du 31 décembre 1997, Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, *Rec.*, p. 344.

Le même mécanisme s'observe s'agissant de normes relevant du droit interne. Le Conseil constitutionnel utilise, dans le contrôle de constitutionnalité, des normes visées par la Constitution, mais qui restent extérieures à elle d'un point de vue formel.

B. Les renvois à des sources internes

Outre les renvois, dans le Préambule de la Constitution de 1958, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et au Préambule de la Constitution de 1946, auxquels le Conseil constitutionnel a attribué une valeur constitutionnelle, d'autres dispositions constitutionnelles opèrent des renvois formellement comparables. Ainsi, les articles 76 et 77 de la Constitution visent explicitement l'accord de Nouméa – accord de droit interne conclu entre le gouvernement français et des partis politiques néo-calédoniens, dont plusieurs des stipulations s'avéraient contraires à la Constitution – et un article de la loi référendaire de 9 novembre 1988 et la loi organique du 19 mars 1999 définissant, de manière restrictive, le corps électoral en Nouvelle-Calédonie. Sur cette base, le Conseil constitutionnel a fait de l'accord de Nouméa une norme de référence de son contrôle des lois relatives à la Nouvelle-Calédonie²⁷. Le raisonnement retenu ici est parfaitement comparable à celui envisagé s'agissant du renvoi exprès aux « modalités prévues par le traité sur l'Union européenne » figurant à l'article 88-3 de la Constitution.

Ces renvois sont analysés par le Conseil constitutionnel comme signifiant que le pouvoir constituant fait obligation aux pouvoirs publics, et particulièrement au législateur, de se conformer à une norme qui n'est pas reprise en tant que telle dans le texte constitutionnel, mais qui constitue, par l'effet du renvoi, une exigence de constitutionnalité, sans avoir pour autant une valeur constitutionnelle. Ainsi des normes de droit international, européen ou interne, constituent des sources du droit constitutionnel sans être des normes de valeur constitutionnelle.

Les exemples envisagés jusqu'à présent portent sur des renvois exprès dans la Constitution à des textes identifiés et en vigueur au jour du renvoi. Mais les renvois à des textes à venir, ou renvois *in futurum*, offrent également la possibilité d'étendre les normes de référence du contrôle de constitutionnalité. L'illustration la plus caractéristique de ce type de renvois concerne les lois organiques chargées de mettre en œuvre, compléter ou préciser les dispositions constitutionnelles qui le prévoient. Par ce biais, les lois organiques deviennent des normes de référence du contrôle de la constitutionnalité des règlements des assemblées parlementaires. Cette jurisprudence ancienne apparaît dès 1959 dans la décision n° 59-2 DC du 17 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale²⁸. Les lois organiques, dont l'objet même, est de fixer les conditions d'adoption de certaines lois, telles les lois de finances ou les lois de financement de la sécurité sociale, constituent des normes de référence dans le contrôle de la constitutionnalité des lois à raison de leur objet²⁹.

²⁷ CC n° 99-409 et n° 99-410 DC du 15 mars 1999, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *Rec.*, p. 51.

²⁸ CC n° 59-2 DC du 24 juin 1959, Règlement de l'Assemblée nationale, *Rec.*, p. 58.

²⁹ En ce sens, voir A. ROBLLOT-TROIZIER, « La place des lois organiques dans la hiérarchie des normes », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Les lois organiques et la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2009.

Les dispositions de ces lois organiques n'ont pas, pour autant, valeur constitutionnelle : en atteste, d'une part, l'abrogation, en 2005, sans révision de la Constitution, de l'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finances du 2 janvier 1959 et, d'autre part, la supériorité qu'il convient de reconnaître aux engagements internationaux de la France sur les lois organiques³⁰.

Aussi, les normes de référence du contrôle de constitutionnalité n'ont-elles pas toutes valeur constitutionnelle, alors que toutes, par définition, conditionnent la constitutionnalité des normes contrôlées. Elles s'enrichissent ainsi de normes extérieures qui constituent des sources du droit constitutionnel.

Ce premier constat de la diversification des sources fondée sur des dispositions de renvoi doit être complété par un second, plus informel, moins visible à la lecture du texte constitutionnel, mais bien réel dans la jurisprudence : celui d'une diversification par construction jurisprudentielle.

II. LES MÉTHODES JURISPRUDENTIELLES D'INTÉGRATION DE SOURCES EXTERNES

Par sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel procède à la consécration en droit constitutionnel de normes issues de sources diverses. Reposant toujours, ou presque toujours, sur un fondement constitutionnel textuel, l'intégration se fait selon diverses modalités interprétatives au terme desquelles le Conseil constitutionnel identifie de nouvelles normes de référence du contrôle de constitutionnalité issues des différentes branches du droit. Cette identification concerne tant des sources internationales et européennes, que des sources internes.

A. Les méthodes d'intégration des sources internationales et européennes

Quant à l'intégration de sources internationales et européennes, deux techniques peuvent être distinguées.

La première correspond à l'hypothèse où le Conseil constitutionnel identifie, au gré de ses décisions, les normes relevant d'une catégorie visée par le texte constitutionnel.

Cette méthode, que l'on peut qualifier de « technique de l'attraction », consiste, pour le juge constitutionnel, à attirer dans les normes de référence de son contrôle une norme qu'il identifie sur le fondement d'une disposition constitutionnelle se référant à une catégorie de normes externes. Parce que la Constitution vise parfois,

³⁰ À cet égard, les lois organiques ne figurent pas parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux exercé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 54 de la Constitution (voir déc. n° 93-318 DC et n° 93-319 DC du 30 juin 1993, *Rec.*, p. 153 et p. 155). Par ailleurs, les lois organiques peuvent faire l'objet d'un contrôle de conventionnalité exercé, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, par les juridictions ordinaires (en ce sens, voir les conclusions non publiées du Premier avocat général près la Cour de Cassation, Louis Joinet, sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 2 juin 2000, *Mlle Fraisse* : « les lois organiques étant par nature infraconstitutionnelles, elles peuvent être soumises au contrôle de conventionnalité » et le raisonnement suivi par la Cour de cassation dans l'arrêt *Mlle Fraisse* confirme l'idée que le caractère organique d'une loi n'est pas un obstacle au contrôle de sa conventionnalité).

non des textes clairement identifiés, mais des catégories de normes externes, le Conseil constitutionnel précise la consistance et le contenu de la catégorie normative en intégrant, dans les normes de référence de son contrôle, des normes issues du droit international ou européen. La référence générale aux traités ou accords internationaux à l'article 55 de la Constitution n'a pas conduit à leur intégration aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Mais le Conseil constitutionnel s'est fondé sur l'alinéa 14 du Préambule de la Constitution de 1946, qui vise les « règles du droit public international », pour se référer aux « principes généraux du droit international ». Y est intégré aujourd'hui, certes avec une utilisation plus que limitée, le principe *pacta sunt servanda* qui implique que « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi³¹ ». Ainsi, dans sa décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant Statut de la Cour pénale internationale, notamment, les stipulations d'un engagement international visant à sanctionner l'État qui s'est soustrait délibérément à ses obligations internationales nées d'une convention, « ne méconnaissent pas les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » dans la mesure où de telles stipulations « découlent de la règle "*Pacta sunt servanda*", en application de laquelle tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi³² ».

Une autre illustration est offerte par l'interprétation jurisprudentielle de l'article 88-1 de la Constitution, duquel le Conseil constitutionnel déduit une obligation constitutionnelle de transposer les directives communautaires³³.

La seconde technique est celle de « l'assimilation », qui consiste à assimiler une norme constitutionnelle à une norme conventionnelle. Ainsi les normes conventionnelles, en particulier européennes, constituent des sources du droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel se fonde certes sur des dispositions constitutionnelles qui en constituent le fondement juridique, mais il leur donne un sens identique à des normes de droit international général ou, le plus souvent, de droit européen. Les exemples sont nombreux et connus : le droit au recours juridictionnel effectif, le droit au procès équitable, la définition de la liberté individuelle transposée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ou le principe de dignité de la personne humaine.

Ces exemples témoignent de l'intégration du droit européen comme source d'inspiration dans l'énoncé des droits ; il est aussi une source d'inspiration quant aux garanties qui leur sont attachées. L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle relative aux validations législatives en donne une bonne illustration tant le contrôle de ces validations s'est coulé dans le moule des exigences posées par la Cour européenne des droits de l'homme³⁴.

Non hermétiques aux normes internationales et européennes, les sources du droit constitutionnel ne le sont pas non plus aux normes de droit interne.

³¹ CC n° 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne (dit Maastricht I), et CC n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale.

³² Déc. précitée.

³³ CC n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique ; CC n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information.

³⁴ CC n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France*, cons. 3.

B. Les méthodes d'intégration de sources internes

Le constat de l'intégration de sources externes dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité, par le prisme d'un fondement textuel, vaut également pour les sources issues des différentes branches du droit interne. Les exemples, là aussi, sont nombreux et l'objet du présent colloque est précisément d'en montrer diverses illustrations. Il s'agira donc ici de se contenter de quelques exemples s'attachant à identifier la méthode du Conseil constitutionnel.

La jurisprudence constitutionnelle témoigne en effet de l'intégration dans les normes de référence du contrôle de constitutionnalité de normes – règles ou principes – issues de diverses branches du droit : il s'agit donc de normes de valeur infra-constitutionnelles qui préexistent à leur intégration aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel procède par « absorption-implication ».

Il considère, selon cette méthode, qu'une disposition constitutionnelle implique nécessairement le respect d'une règle existante. Le Conseil constitutionnel trouve ainsi dans la Constitution le fondement d'une règle relevant d'une branche du droit interne, telle qu'une règle de droit civil ou pénal. L'exemple de l'utilisation par le Conseil constitutionnel de la règle énoncée à l'article 1240, ex-1382, du Code civil en est une bonne illustration. Dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi sur le PACS, le Conseil ne se réfère pas expressément à l'article 1382 du Code civil, mais il juge que l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 implique que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer³⁵ ».

Dans la même décision, le Conseil constitutionnel juge que le principe de liberté, énoncé à l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789, implique « le respect de la vie privée », principe qui trouve sa source formelle dans l'article 9 du Code civil³⁶.

Dans ces différentes hypothèses, ce n'est pas la source textuelle qui est visée, mais la norme qui est reprise, comme lorsque le Conseil constitutionnel reprend le droit au recours juridictionnel effectif ou le droit au procès équitable de la Convention européenne des droits de l'homme. La source textuelle est niée, mais la norme constitue une (res)source pour le droit constitutionnel ; elle est une source d'inspiration venant nourrir les sources constitutionnelles pour devenir une norme de référence du contrôle de constitutionnalité.

La diversification des sources dans le contrôle de constitutionnalité se fait enfin par la prise en compte de la jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires. Particulièrement depuis l'entrée en vigueur de la QPC, la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation trouvent un écho en droit constitutionnel.

On a beaucoup glosé sur le fait que, grâce à la QPC, le Conseil constitutionnel peut contrôler l'interprétation jurisprudentielle constante de la loi³⁷, et ce d'autant

³⁵ CC n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, Loi relative au pacte civil de solidarité, *Rec.*, p. 116 ; ce principe est rappelé dans une décision QPC : CC n° 2015-479 QPC du 31 juillet 2015, *Société Gecop*.

³⁶ CC n° 99-419 DC précitée.

³⁷ Notamment CC n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, cons. 2, consacrant le droit de « contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation

plus que la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel se sont opposés sur cette question. Mais cette évolution fait aussi des jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État une (res)source pour procéder au contrôle de constitutionnalité de la loi.

Le Conseil constitutionnel s'en remet en effet aux hautes juridictions à chaque fois qu'il utilise leur jurisprudence pour justifier de la constitutionnalité de la loi : la constitutionnalité de la loi repose alors sur l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Ainsi le Conseil constitutionnel a-t-il pris en considération la protection du droit de propriété qui, en vertu d'une jurisprudence constante du Conseil d'État, oblige à réparer les dommages éventuellement causés aux propriétés privées lors d'opérations réalisées pour l'exécution de travaux publics en application de la loi du 29 décembre 1892³⁸. De même, dans la décision n° 2012-210 QPC, le Conseil constitutionnel se réfère expressément à la jurisprudence constante du Conseil d'État qui complète le silence de la loi quant aux motifs pour lesquels un maire peut, à titre de sanction, faire l'objet d'une révocation ou d'une suspension³⁹. De manière pour le moins surprenante au regard du principe de légalité des délits et des peines applicable aux sanctions administratives, le Conseil constitutionnel estime dans cette décision que la jurisprudence administrative peut pallier les carences du législateur. Même en matière pénale, le juge constitutionnel considère que la jurisprudence de la Cour de cassation est de nature à combler l'imprécision des dispositions législatives en dépit du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines : le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que la notion de « tradition locale ininterrompue », qui permet l'organisation de courses de taureaux et de corridas par dérogation au délit de sévices graves et actes de cruauté envers les animaux⁴⁰, est suffisamment précise et non équivoque dans la mesure où il existe une jurisprudence de la Cour de cassation, pourtant fluctuante, permettant d'identifier les critères de reconnaissance d'une telle tradition⁴¹.

Cette prise en compte de la jurisprudence des juridictions suprêmes dans le contrôle de constitutionnalité, témoignant de la constitutionnalisation du « droit vivant », est inévitable lorsqu'est instauré un contrôle *a posteriori* des lois. Mais elle pose la question de savoir si elle n'est pas de nature à figer la jurisprudence, lui faisant perdre son caractère évolutif.

*

**

jurisprudentielle constante confère » à la disposition législative en cause dans le litige ou la procédure.

³⁸ CC 2011-172 QPC, 23 septembre 2011, *Époux L. et autres*.

³⁹ CC 2011-210 QPC, 13 janvier 2012, *M. Ahmed S.*, cons. 5.

⁴⁰ Article 521-1 al. 1 du Code pénal.

⁴¹ CC 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre*. Sur la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de cassation, voir le commentaire de la décision disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel. Voir également, A. ROBLOT-TROIZIER, « Une déliquescence des principes constitutionnels d'égalité et de légalité », *RFDA*, n° 1, 2013, p. 141.

Au terme de ce bilan, qui n'a pas d'autre ambition que de présenter la diversification des sources utilisées dans le contrôle de constitutionnalité, il devient possible de proposer une nouvelle typologie des sources du droit constitutionnel.

Les sources du droit constitutionnel constituent un ensemble hétérogène composé de dispositions constitutionnelles, mais aussi de normes d'origine externe de droit international et européen ainsi que de principes non écrits, voire de coutumes constitutionnelles, qui chacun à leur manière définissent une exigence constitutionnelle. Ces sources peuvent être regroupées en deux catégories qui se recoupent partiellement : il ne s'agit pas en effet de deux ensembles parfaitement distincts, mais plutôt de deux manières de concevoir les sources en fonction soit d'un critère tenant à la valeur juridique de la norme à laquelle elle donne naissance, soit d'un critère tenant à la « justiciabilité » de la norme qui en résulte, c'est-à-dire à la capacité du juge d'en assurer la sanction.

Les « sources constitutionnelles » constituent une première catégorie : cette catégorie donne naissance à des normes qui ont toute valeur constitutionnelle et renvoie à la notion de « Constitution » au sens large. Au sein de ces sources constitutionnelles, figurent les dispositions de la Constitution et des textes auxquels renvoie son Préambule, les énoncés constitutionnels issus de la jurisprudence, mais également des règles ou des principes constitutionnels, non écrits, nés de pratiques répétées des acteurs politiques s'imposant en tant que coutumes ou « conventions de la Constitution ». Dans leur grande majorité, ces sources constitutionnelles sont sanctionnées par les juges qui peuvent en imposer le respect dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi, comme des actes administratifs ou des actes de droit privé. D'autres ne sont pas justiciables, mais s'imposent tout de même aux pouvoirs publics, en tant qu'exigences constitutionnelles à l'image des règles, écrites ou non écrites, relatives par exemple à la responsabilité gouvernementale ou à l'exercice du droit de dissolution.

La seconde catégorie, que l'on peut désigner sous l'appellation « sources de constitutionnalité », est constituée de sources dont sont issues des normes faisant l'objet d'une garantie juridictionnelle, des normes utilisées, explicitement ou implicitement, par le juge lorsqu'il doit apprécier la constitutionnalité de normes inférieures. Les « sources de constitutionnalité » couvrent à la fois des sources constitutionnelles de la première catégorie et des sources externes, particulièrement des ordres juridiques international et européen, ou « sources conventionnelles de conventionnalité », mais également des sources législatives, comme les lois organiques, ou même des accords politiques, tels l'accord de Nouméa visé par la Constitution, dès lors qu'ils servent de normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

L'expression « sources de constitutionnalité » présente l'avantage d'envisager les normes de référence du contrôle de constitutionnalité non comme un « bloc » homogène, mais comme un ensemble hétérogène se caractérisant par sa fonction : conditionner la constitutionnalité. Elle présente, à ce titre, un intérêt pédagogique et pratique qui permet de disjoindre la valeur de la norme de sa fonction dans le contrôle juridictionnel. Elle permet surtout d'expliquer que les normes de référence du contrôle de constitutionnalité varient selon la norme contrôlée : traité, loi organique, règlement des assemblées, loi ordinaire, ayant ou non un objet spécifique, telle la loi de finances ou de financement de la sécurité sociale, la loi autorisant la ratification d'un traité, etc. L'appellation « sources de constitutionnalité », en ce qu'elle se distingue de celle de « sources constitutionnelles », offre ainsi une com-

préhension de l'utilisation, explicite ou non, de sources conventionnelles ou législatives dans le contrôle de constitutionnalité en fonction de la norme qui en fait l'objet, et donc de la variabilité des sources du contrôle de constitutionnalité.

Agnès Roblot-Troizier

Professeur de droit public à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne Paris 1 et co-directrice du Master 2 Systèmes de justice et droit du procès. Déontologue de l'Assemblée nationale.