

2012

La mutation des sources du droit constitutionnel

Elisabeth Zoller

Indiana University Maurer School of Law

Follow this and additional works at: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub>



Part of the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Zoller, Elisabeth, "La mutation des sources du droit constitutionnel" (2012). *Articles by Maurer Faculty*. Paper 835.
<http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/835>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Digital Repository @ Maurer Law. It has been accepted for inclusion in Articles by Maurer Faculty by an authorized administrator of Digital Repository @ Maurer Law. For more information, please contact wattn@indiana.edu.

Petit un du Grand A : le droit constitutionnel

La mutation des sources du droit constitutionnel

Élisabeth Zoller

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

La mutation des sources du droit est la conséquence des dispositions, aujourd'hui lointaines, prises en 1945 pour « préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances » (Préambule de la Charte des Nations-Unies). Pour maintenir la paix et la sécurité internationales, il faut que des échanges se nouent entre les États et que des solidarités se créent entre les hommes, au plan économique, bien sûr – ce sont les « solidarités de fait » que Robert Schuman appelait de ses vœux en 1950¹ – mais aussi et surtout, aux plans intellectuel et culturel. C'est pourquoi, contrairement aux sociétés closes de l'entre-deux guerres qui s'enfermaient pour certaines dans un totalitarisme étouffant, les sociétés d'après-guerre se sont ouvertes sur l'Europe et sur le monde. Limité dans

un premier temps à la seule communauté atlantique, l'échange des idées et des opinions entre les peuples qui est né de ces choix initiaux a pris un nouveau départ après la chute du mur de Berlin. Il a gagné le continent européen et s'est étendu à l'échelle planétaire, mettant en marche un grand mouvement d'europanisation et, plus largement, de globalisation (ou mondialisation) du droit qui se poursuit depuis sans discontinuer.

Les sources du droit en ont subi – et en subiront – des conséquences de grande ampleur. En France, ces sources ont déjà évolué d'un point de vue formel – la loi nationale n'est plus l'exclusive *fons et origo* du droit, comme en témoigne la présence dans l'ordre juridique de normes internationales et européennes directement applicables – et d'un point de vue matériel – le législateur, par nécessité comme par tradition², mais aussi les

¹ Déclaration Schuman prononcée le 9 mai 1950 par Robert Schuman, ministre des Affaires étrangères français, dans le salon de l'Horloge du Quai d'Orsay : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord des solidarités de fait ».

² Il existe, d'une part, au Sénat une division de législation comparée à l'intérieur

de la direction de l'initiative parlementaire et des délégations et, d'autre part, à l'Assemblée nationale un service des affaires européennes qui élabore des études de législation comparée. Ces services ont un caractère purement informatif, mais ils permettent au législateur de situer certaines questions dont est saisi le Parlement dans un contexte plus large.

cours suprêmes qui y étaient moins accoutumées³, regardent vers les droits étrangers et parfois s'en inspirent. Plusieurs parmi les concepts aujourd'hui familiers du droit public français viennent de l'étranger comme le contrôle de proportionnalité dont les bases furent jetées au XIX^e siècle en Allemagne⁴, ou le procès équitable (*fair trial*) dont l'origine remonte à la Grande Charte arrachée au roi d'Angleterre en 1215⁵, ou le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois (*judicial review*) dont la gloire n'a cessé de grandir après l'arrêt *Marbury v. Madison* rendu en 1803 par la Cour suprême des États-Unis⁶ et qui a été adapté à la tradition constitutionnelle française au moyen de la QPC (question prioritaire de constitutionnalité).

Les droits constitutionnels nationaux, en France, dans les pays européens, et même aux États-Unis pourtant si insulaires sur le plan juridique⁷, n'ont pas échappé à l'influence des nouvelles idées. Ils les ont reçues de plein fouet, leur résistant plus ou moins bien⁸, pour finalement s'ajuster à leurs exigences. En France, la secousse fut sismique. Le droit constitutionnel en est sorti métamorphosé dans la mesure où il a enfin trouvé, après plus de deux siècles de tâtonnements, le moyen d'assurer, de manière compatible avec le principe de la souveraineté nationale, la mise en œuvre de la grande idée du constitutionnalisme qui enseigne qu'il existe au-dessus des gouvernants un droit immuable, permanent, on oserait à peine dire éternel, celui-là même que la petite Antigone, têtue et volontaire, oppose à Créon, et qui, dans la démocratie moderne, est inscrit dans la Constitution. Tous les pays européens se ralliant à cette idée les uns après les autres, comment la

France aurait-elle pu rester à l'écart, elle qui en fut à l'origine à la fin du XVIII^e siècle, de concert avec les États-Unis ?

Emporté par ces courants, le droit constitutionnel français a enregistré le plus grand changement qui pouvait affecter ses sources. Il est devenu un vrai droit, pas seulement parce qu'il est sanctionné par un juge en charge de faire respecter ses normes, mais aussi, et plus encore, parce qu'avec la célèbre décision du Conseil constitutionnel, *Liberté d'association*⁹, son véritable but est remonté à la surface. Comme l'indique en creux l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹⁰, le but d'une constitution, et du droit constitutionnel en général, n'est pas le pouvoir, mais l'homme, l'homme en qualité de membre d'une « association politique », c'est-à-dire, d'une société organisée par des lois. Certes, une constitution organise le pouvoir, mais ce n'est qu'un moyen au service d'une seule fin, celle de l'homme et de ses droits naturels et imprescriptibles. Telle est la vérité première que la décision de 1971 a rappelé par la simple, mais capitale référence dans ses vis au Préambule de la Constitution. Tout a basculé parce qu'en ramenant le droit constitutionnel français à sa source originaire, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, cette décision historique ressuscita le véritable objet du droit constitutionnel qui est de protéger la liberté politique dans ses rapports avec le gouvernement et les autres membres de la société¹¹ au moyen de la séparation des pouvoirs et d'une garantie des droits appropriée (article 16 DDHC).

Avec le recentrage général du droit constitutionnel sur les droits de l'Homme, ses sources

³ Sur l'utilisation du droit comparé par la Cour de cassation, v. G. Canivet, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne : en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke, Le juge en tant que comparatiste », *Tulane Law Review*, vol. 80 (2005), p. 221 s.

⁴ E. Forsthooff, *Traité de droit administratif allemand*, trad. M. Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 94.

⁵ Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5^e éd., Boston, Little Brown and Co., 1956, p. 24.

⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

⁷ Les références faites par la Cour suprême des États-Unis à des décisions étrangères sont sporadiques en comparaison avec celles faites par d'autres cours appartenant à la tradition de *common law*, v. Cheryl Saunders, « Judicial Engagement With Comparative Law » in Tom Ginsburg et Rosalind Dixon (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publ., 2011, p. 571 s., surtout pp. 573-574.

⁸ C'est aux États-Unis que la résistance est la plus forte. Une littérature impressionnante s'est formée sur le droit constitutionnel comparé qui y est surtout, voire exclusivement, appréhendé à travers l'influence, jugée bénéfique par les libéraux parce qu'enrichissante des droits et libertés, exécutable par les conservateurs parce que contraire à la souveraineté des États, des décisions

des juridictions étrangères sur la jurisprudence de la Cour suprême. L'opposition entre les deux écoles de pensée a atteint un point d'apogée avec le débat entre les juges Stephen Breyer et Antonin Scalia de la Cour suprême des États-Unis qui s'est tenu à la faculté de droit de l'American University à Washington, D.C., le 28 février 2005, <http://www.freerepublic.com/focus/f-news/1352357/posts>.

⁹ Décision n° 71-44 DC (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*, accessible (comme toutes les décisions du Conseil constitutionnel citées *infra*) sur le site <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

¹⁰ Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

¹¹ Selon les distinctions faites par Montesquieu dans *L'Esprit des Lois*, Livre XI, « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution », et Livre XII, « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen », in *Œuvres complètes*, Gallimard, Coll. de la Pléiade, 1951, t. II, pp. 393-458.

écrites ont tout naturellement pris le pas sur ses sources non écrites. La volonté des pouvoirs constitués qui l'emportait si souvent, notamment en France, sur celle du pouvoir constituant et qui faisait du droit constitutionnel un « droit politique » soumis non à la volonté de son auteur, le peuple, mais à celle de ses serviteurs, les organes constitués, ont perdu de leur force. Les sources non écrites ont décliné (I) et les sources écrites, toujours plus centrales, se sont renouvelées grâce à l'apport de droits venus d'ailleurs (II).

I. Le déclin des sources non écrites

Il n'est pas si loin le temps où le droit constitutionnel s'enseignait sans constitution, pour ainsi dire. La constitution survivait, mais personne ne s'y intéressait. Dans les années 1950, Georges Burdeau n'y voyait plus qu'« un alibi qui dissimule mal la primauté du fait sur le droit »¹². Seules comptaient les forces politiques telles qu'elles étaient organisées dans les partis. Le cours qui s'affichait encore « de droit constitutionnel » n'était un cours de droit que de nom ; c'était un « cours d'institutions politiques » centré sur le pouvoir, sa conquête et son exercice, qu'on complétait des termes, « et de droit constitutionnel », tel un hommage que les idées à la mode rendaient à celles qui ne l'étaient plus. La liberté politique ne se mesurait ni à la réalité de la séparation des pouvoirs ni à l'effectivité de la garantie des droits, mais au nombre de partis politiques dans les États qui se répartissaient entre régimes à parti unique, bipartites ou multipartites.

Aujourd'hui, l'étude du pouvoir relève de la science politique, et le droit constitutionnel est redevenu ce qu'il était à l'époque des Esmein, Duguit et Hauriou, la partie du droit public relative à la limitation du pouvoir par le droit, c'est-à-dire, le « gouvernement légal » comme l'appelait Esmein¹³, « l'État de droit » préféraient dire Duguit¹⁴ et Hauriou¹⁵. Dans la mesure où l'idée même de droit appelle des règles fixes et permanentes, le retour de l'État de droit a signifié le retour de l'écrit dans les sources du droit constitutionnel. Comment l'État de droit pourrait-il être

fondé sur autre chose ? Là où le fait l'emporte sur le droit, là où des pratiques ou des usages peuvent venir modifier les règles écrites, la volonté politique déplace la constitution. Aussi bien les sources non écrites du droit constitutionnel se sont-elles considérablement réduites. D'une part, les constitutions coutumières tendent à devenir de plus en plus écrites (A) et, d'autre part, les constitutions écrites ont de moins en moins tendance à devenir coutumières (B).

A. L'écriture des constitutions coutumières

Jusqu'aux révolutions américaine et française de la fin du XVIII^e siècle, le droit constitutionnel des divers pays d'Europe était « principalement, presque uniquement, fixé par la coutume »¹⁶. De cet ensemble coutumier, émergeaient bien quelques textes, souvent fort anciens, ainsi, en Angleterre, la Grande Charte (1215), la loi d'*Habeas Corpus* (1679), le *Bill of Rights* (1689), ou l'Acte d'Établissement (1700), mais ils étaient rares. Depuis la deuxième moitié du XX^e siècle, ils le sont de moins en moins. Tous les pays européens se sont dotés de constitutions écrites et, dans le seul qui soit resté fidèle au processus coutumier, le Royaume-Uni, la constitution coutumière est de plus en plus écrite. Partout, la densité du caractère non écrit des constitutions coutumières se réduit comme une peau de chagrin.

1. L'exemple du Royaume-Uni

Bien qu'en théorie, il soit impossible de y identifier des lois constitutionnelles d'un point de vue formel puisque le Parlement peut les retirer, les modifier, ou les changer comme il lui plaît – selon Dicey, une loi prétendument « constitutionnelle » n'a pas plus de valeur que celle qui établit le statut des dentistes¹⁷ – il n'est pas interdit de les identifier d'un point de vue matériel. Or, la nouveauté en la matière est que le nombre de lois concernant la matière constitutionnelle soit qu'elles limitent les pouvoirs du Parlement soit qu'elles protègent les droits et libertés, a augmenté dans des proportions impressionnantes au cours des dernières années.

¹² G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution », in *L'Évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 53 s., not. p. 60.

¹³ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1899, p. 10.

¹⁴ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1911, p. 38.

¹⁵ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 257.

¹⁶ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., 1927, p. 603.

¹⁷ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., 1915, p. 141.

En 1972, le Parlement adopta la loi sur les relations du droit britannique avec le droit communautaire (*European Communities Act*) dont le but fut de retirer à la coutume énoncée par le juge, entendez la *common law*, le soin de définir les relations entre le droit de l'Union et le droit anglais, ces relations étant désormais arrêtées dans une loi écrite qui oblige expressément les juges anglais à appliquer le principe de primauté du droit matériel de l'Union européenne sur le droit national. Les juridictions en ont tiré les conséquences et, dans les années 1980, elles ont écarté le droit britannique dans la série remarquable des arrêts *Factortame*¹⁸. Le droit écrit a dicté aux juges une solution qui n'était pas celle que le droit non écrit aurait produite¹⁹. À la fin des années 1990, la place de l'écrit s'est accentuée. Sous les gouvernements de Tony Blair (1997-2007), ce ne sont pas moins de cinq lois matériellement constitutionnelles qui sont venues ajouter de nouvelles dispositions écrites à la Constitution non écrite du Royaume-Uni (*Scotland Act 1998, Northern Ireland Act 1998, Human Rights Act 1998, House of Lords Act 1999, Constitutional Reform Act 2005*). Et s'y sont ajoutées immédiatement après d'autres lois de même nature et de même portée (*Fiscal Responsibility Act 2010, Equality Act 2010, Constitutional Reform and Governance Act 2010, Fixed-term Parliaments Act 2011*). Autrement dit, l'exercice de la Prérogative, qui forme la substance des pouvoirs du gouvernement outre-Manche, est de plus en plus soumis à un régime législatif, donc écrit, ou, pour dire les choses autrement, la Prérogative est de plus en plus encadrée par des lois organiques.

Pour un pays à constitution non écrite, ces développements témoignent d'une augmentation de lois matériellement constitutionnelles et écrites

qui est d'autant plus troublante qu'elle intervient sur des chapitres autrefois régis par la tradition et les usages, les conventions de la Constitution. C'est le cas du *Constitutional Reform Act* de 2005 qui institue une véritable séparation des pouvoirs entre les pouvoirs législatif et judiciaire par un réaménagement de la position du Lord Chancelier et la création d'une Cour suprême du Royaume Uni²⁰, ou encore du *Fixed-Term Parliaments Act*, adopté après les élections de 2011, qui fixe une durée déterminée au Parlement qui en est sorti (le texte prévoit que les prochaines élections auront lieu le 7 mai 2015), en réservant la possibilité d'élections anticipées, certes, mais à des conditions et dans des formes prescrites par écrit dans la loi²¹.

Dans ces conditions, que reste-t-il de la notion de constitution coutumière ? La notion ne serait-elle plus qu'une terminologie datée, appliquée aux pays dont les lois matériellement constitutionnelles présentent la particularité de ne pas être contenues dans un document unique ? On serait tenté de le croire car ce qui compte aujourd'hui d'un point de vue formel, c'est moins l'unicité du document que sa rigidité. La vraie question est celle-ci : les textes ont-ils été gravés dans le marbre ou inscrits sur du sable par un jour de grand vent ? De ce point de vue, un tournant peu banal a récemment été pris en Angleterre. Quelques juges semblent vouloir conférer aux lois matériellement constitutionnelles une rigidité qu'elles n'avaient pas.

Il y a une dizaine d'années, dans l'affaire dite des « martyrs du système métrique » (les malheureux commerçants que les directives européennes obligèrent à abandonner le système impérial des poids et mesures pour adopter celui en usage sur le continent et qui s'appuyaient sur une loi de 1985 pour tenter d'y échapper), un juge anglais a

¹⁸ *R v Secretary of State for Transport, Ex p Factortame Ltd* [1990] 2 AC 85 (*Factortame* n° 1) ; *R v Secretary of State for Transport, Ex p Factortame Ltd* (Case C-213/89) [1991] 1 AC 603 (*Factortame* n° 2).

¹⁹ Le Royaume-Uni étant un pays dépourvu de constitution écrite, le traité international se situe au même niveau que la loi. Sans l'intervention du Parlement, c'est cette solution qui se serait appliquée pour régler la question de la supériorité du droit communautaire. Or, c'est justement ce qui ne s'est pas produit. Car « le droit communautaire a été introduit dans le droit anglais par un acte du Parlement », et non par le juge, au rebours de ce que la tradition de la constitution coutumière aurait en principe commandé : J. Dutheil de la Rochère, « Le droit international fait-il partie du droit anglais ? (Réflexions sur les relations entre le droit international et le droit interne du Royaume-Uni, à la lumière de l'appartenance communautaire de ce pays) », in *Mélanges Reuter*, 1981, p. 243 s., not. p. 262 (italiques ajoutées).

²⁰ La réforme a été induite par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme [CEDH, 8 février 2000, *McGonnell c/ Royaume-Uni*, req. n° 28488/95]. V. A. Antoine, « La réforme de la Chambre des Lords : Chronique d'une

révolution au long cours (1999-2007) », *RDP* 2008, p. 1333, note 18 et réf. au texte ; C. de Beausse de la Hougue, « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : La disparition du Lord Chancelier. D'une Constitution non écrite vers une Constitution écrite ? », *RFDC*, 2005/2, n° 62, p. 291 s.

²¹ Cette loi représente, selon un auteur anglais, « une innovation constitutionnelle d'une importance capitale », Mark Ryan, « The Fixed-term Parliaments Act 2011 », *Public Law*, avr. 2012, p. 213 s. Pour A. Le Divellec, ce texte contient « rien moins que des éléments pour tenter de fixer – au moins en partie – le principe du gouvernement parlementaire lui-même par des règles juridiques écrites » (« Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le Fixed-Term Parliaments Act 2011 et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 7, 2012). Selon V. Barbé, si la loi est maintenue par le gouvernement issu des élections de 2015, on pourra dire que la loi représente « un premier pas vers la formalisation de la Constitution britannique » (« Le Fixed-Term Parliaments Act 2011 ou la fin du droit de dissolution discrétionnaire au Royaume-Uni », *Constitutions* 2012, p. 28).

suggéré qu'il existe dans la masse des lois adoptées par le Parlement des lois que celui-ci a retranché des autres (*entrenched*) en s'interdisant de revenir dessus sauf dans des cas souverainement déterminés par lui, autrement dit, en les soustrayant à la règle du retrait implicite (*implied repeal*) qui veut que le Parlement puisse défaire le lendemain ce qu'il vote la veille, et donc, en leur conférant le statut de lois « constitutionnelles ». À en croire l'ingénieux juge Laws, le résultat pour le juge est simple : à défaut d'une volonté clairement exprimée du Parlement d'écarter de telles lois, le juge doit les appliquer, même si, comme dans le cas d'espèce, il est en présence d'une loi postérieure contraire²². Et le juge Laws avançait le raisonnement suivant : si le Parlement avait voulu que la loi de 1985 déroge au *European Communities Act* (1972), il l'aurait dit ouvertement et sans ambiguïté ; faute de l'avoir dit, la loi de 1972, donc, le droit de l'Union, l'emporte.

À l'époque, la nouvelle notion de « loi constitutionnelle » dont le juge Laws avait dit de surcroît qu'elle serait commandée par la *common law* fut considérée comme le produit d'une imagination fertile et, certainement, comme une atteinte à la souveraineté du Parlement. En réalité, elle était plutôt, sur le problème précis de l'articulation du droit de l'Union en droit anglais, une tentative de théorisation des moyens que les juges anglais ont trouvés pour se sortir de l'impasse dans laquelle le Parlement les a mis en ordonnant que les deux principes, souveraineté du Parlement et suprématie du droit de l'Union, lesquels sont parfaitement contradictoires entre eux, s'appliquent l'un et l'autre en droit anglais, à charge pour les cours de justice de démêler au cas par cas l'écheveau de difficultés qui en résultent. Mais, l'idée de « loi constitutionnelle » a fait son chemin et, en 2005, plusieurs Law Lords du comité d'appel de la chambre des Lords ont fait part des hésitations qui seraient les leurs s'ils devaient donner effet à une « loi ordinaire » qui porterait atteinte à une « loi constitutionnelle », sans toutefois préciser ce qu'ils

feraient exactement, la question ne se posant pas en l'espèce, et donc sans aller jusqu'à remettre en cause la souveraineté du Parlement²³. On peut voir dans ces états d'âme judiciaires une forme de résistance contre l'invasion du droit coutumier par l'écrit, mais il faut être prudent et ne pas généraliser car tout en *common law* n'est souvent que question d'espèce.

2. Les exemples d'Israël et de la Nouvelle-Zélande

Israël et la Nouvelle-Zélande qui tiennent compagnie au Royaume-Uni dans le club très fermé des États dits à constitution coutumière ont connu des développements similaires, notamment (mais pas seulement) dans le domaine de la protection des droits fondamentaux.

En Israël où il n'existait pas de déclarations de droits, la Knesset a adopté en 1992, puis consolidé en 1994, deux lois matériellement constitutionnelles, l'une sur la liberté d'entreprendre (*Basic Law: Freedom of Occupation*), l'autre sur la dignité humaine et la liberté (*Basic Law: Human Dignity and Freedom*) dont un auteur averti a pu dire qu'elles opéraient le passage d'une constitution non écrite à une constitution écrite²⁴. La Cour suprême d'Israël a confirmé l'évolution en admettant dès 1995 qu'elle avait compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois de la Knesset au regard des lois fondamentales adoptées par celle-ci²⁵. Et, en 2001, le pays s'est éloigné encore un peu plus de la tradition coutumière en adoptant une loi sur le gouvernement (*Basic Law: The Government*).

Quant à la Nouvelle-Zélande qui comme l'Angleterre n'a pas de constitution écrite, elle aussi s'est convertie à l'écrit et a adopté depuis les années 1980 les lois suivantes : *Constitution Act 1986*, *Maori Language Act 1987*, *New Zealand Bill of Rights 1990*, *Maori Land Act 1993*, *Human Rights Act 1993*, *Electoral Act 1993*, *Habeas Corpus Act 2001*. Aujourd'hui, le gouvernement néo-zélandais affirme que la loi de 1975 approuvant le traité de Waitangi passé entre la Couronne et les

²² *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), accessible sur le site <http://www.bailii.org>.

²³ *Jackson and Others v Attorney General*, [2005] UKHL 56, accessible sur le site <http://www.bailii.org>.

²⁴ D. Barak-Erez, « From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective », *Columbia Human Rights Law Review*,

vol. 26 (1995), p. 309-355.

²⁵ Il s'agit de l'affaire *Banque Mizrahi*, CA 6821/93 *United Mizrahi Bank v. Migdal Agricultural Cooperative* [1995] IsrSC 49(4) 221 [traduction anglaise in *Israel Law Review*, vol. 31 (1997), p. 764-802].

²⁶ V. Cabinet Office background (2004), <http://www.beehive.govt.nz/Documents/Files/NZ%20Constitution%20Cabinet%20Office%20background.pdf>.

tribus Maoris a un « caractère constitutionnel »²⁶. Beaucoup pensent qu'il en va de même pour la *Bill of Rights* de 1990 et la loi de 1993 qui a introduit la représentation proportionnelle.

Une écriture partielle des constitutions non écrites sous forme de lois organiques ou fondamentales, souvent complétées d'un retranchement des lois ordinaires par le contrôle juridictionnel, tend ainsi à s'établir. Tout se passe comme si la pratique, même lorsqu'elle est sanctionnée par le juge, même lorsqu'elle est solidement établie et uniformément suivie par les organes politiques ne suffisait plus pour faire une constitution. L'écrit, expression de la souveraineté populaire, s'impose partout, déplaçant, voire remplaçant les usages fondés sur les convenances et légitimés par l'histoire. La coutume ne justifie plus à elle seule un état de choses établi en fait; cet état de choses exige d'être fondé en droit.

B. La fixité des constitutions écrites

En principe, il ne peut pas y avoir de règles non écrites dans une constitution écrite ou, s'il y en a, ce sont des usages, des pratiques, qui ne sont pas juridiquement obligatoires. L'exemple américain est ici topique. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a mis la Constitution française sur les mêmes rails.

1. La pratique américaine

La Constitution américaine est écrite et l'écrit l'emporte toujours sur le non écrit. Contrairement à l'évolution observée en France, pays aussi à constitution écrite, la pratique n'a pas généré de règles non écrites ou règles coutumières entre les pouvoirs²⁷. Par exemple, jusqu'à l'adoption en 1951 du Vingt-deuxième amendement à la Constitution qui interdit à un Président d'exercer plus de deux mandats, la règle n'était qu'un usage établi par le premier Président, G. Washington, en 1796, et qui fut rompu par Franklin D. Roosevelt à deux reprises, en 1940 et en 1944, pour des raisons qui tenaient à la situation internationale beaucoup

plus qu'à la passion du pouvoir personnel²⁸. On a pu le regretter sur le plan politique, mais personne n'a dit que Roosevelt violait la Constitution.

L'absence de conventions de la Constitution n'est qu'une forme de déférence pour la souveraineté du peuple. Aux États-Unis, cette déférence est si forte qu'il est exclu que le peuple puisse être lié par des règles que ses créatures auraient élaborées et qu'il n'aurait pas acceptées. Il y a des pratiques, des pratiques établies, des traditions (comme celle qui veut que chaque chambre du Congrès ait un chapelain), mais elles n'ont pas de caractère normatif. Saisie de la constitutionnalité de la pratique suivie dans les États et au Congrès qui consiste à élire un chapelain rémunéré sur fonds publics au début de chaque législature et qui est incompatible avec le principe de séparation des églises et de l'État posé dans le Premier amendement à la Constitution²⁹, la Cour suprême l'a validée purement et simplement au motif qu'elle était « profondément enracinée dans l'histoire et les traditions du pays »³⁰, mais elle n'a pas dit qu'elle était obligatoire.

2. La pratique française

En France, l'idée que le fait peut toujours l'emporter sur le droit a longtemps prévalu. Elle continue même de prévaloir aujourd'hui, à en juger par l'attachement d'une certaine partie de la doctrine à une position nuancée sur la révision de 1962 et son inclination à défendre la thèse selon laquelle la révision de la Constitution par la voie de l'article 11 serait peut-être, au fil du temps, devenue une coutume constitutionnelle³¹. La brièveté des lois constitutionnelles de 1875, les libertés prises par les organes politiques avec leurs dispositions comme en porte témoignage la « Constitution Grévy » qui avait fini, en pratique, par les remplacer, sont pour beaucoup dans ces fantaisies juridiques dont on trouvait dans les années 1930 une illustration sous la plume de Joseph-Barthélémy: « La Constitution de 1875, écrivait cet auteur

²⁷ V. E. Zoller, « La question des règles non écrites aux États-Unis », *Principes et règles non écrits en droit public*, dir. P. Avril et M. Verpeaux, éd. Panthéon-Assas, 2000, p. 143 s.

²⁸ En 1940, Roosevelt, fut poussé par son propre parti et la situation internationale. En 1944, les circonstances faisaient que l'élection tombait entre les conférences de Téhéran et de Yalta. En considération de la situation internationale et des engagements qu'il avait pris personnellement vis-à-vis de Staline à Téhéran, notamment concernant la Pologne, Roosevelt estima que les circonstances exigeaient, dans l'intérêt même des États-Unis où il existait une forte communauté

polonaise, une continuité dans la conduite de la diplomatie américaine.

²⁹ La clause de non-établissement du Premier amendement à la Constitution des États-Unis dispose : « Le Congrès ne fera aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ».

³⁰ *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783, 786 (1983).

³¹ Ce qui constitue très certainement une « argumentation dépassée » comme l'écrit J.-P. Duprat, « Le référendum constitutionnel dans un système français dominé par une logique représentative », *RIDC*, 2006, n° 2, p. 553 s., not. p. 564.

influent, [...] ne comprend que 27 articles ayant le caractère strictement constitutionnel. Ce caractère provient en partie de ce que les constituants, n'ayant pas de goût pour leur œuvre, n'y ont mis absolument que l'essentiel. Il s'explique aussi par ceci que la France, ayant déjà une longue expérience politique, on pouvait s'expliquer en peu de mots en faisant un très large appel à la coutume »³².

Le Conseil constitutionnel a fait litière du vieil attachement français à la coutume constitutionnelle à deux reprises. La première occasion lui fut donnée en 1988 quand la droite, redevenue minoritaire à l'Assemblée, attaqua la loi d'amnistie qui étendait le bénéfice de ses dispositions non seulement au domaine pénal et para-pénal, mais encore à des faits qui étaient survenus dans le cadre d'un contrat de travail entre deux personnes privées et qui se trouvaient effacés et redressés par la réintégration obligatoire dans l'entreprise des salariés licenciés pour faute, y compris pour faute lourde. Selon les députés, la loi violait la « tradition républicaine » en s'étendant au-delà du domaine habituellement assigné aux lois d'amnistie. Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen au motif que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République »³³. C'était une manière de dire qu'il ne peut pas y avoir de règles non écrites obligatoires, autrement dit, des coutumes sous un régime de constitution écrite ; les deux termes sont antinomiques. Les pratiques ne peuvent donc plus comme autrefois l'emporter sur la constitution écrite et prétendre se voir reconnaître comme « du droit » ; elles ne restent jamais que « du fait ».

La deuxième occasion est survenue en 2008 à propos de la loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général. Les sénateurs estimaient que la tradition républicaine interdisait qu'on puisse procéder à une modification des règles électorales dans les jours précédant le scrutin, voire après le dépôt des candidatures. Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen par le même raisonnement tenu trente ans plus tôt. La tradition républicaine n'a de valeur normative que pour autant qu'elle soit inscrite dans un texte, en l'espèce, « une disposition législative antérieure à la Constitution de 1946 »³⁴. En exigeant un texte écrit à la base de toute norme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a renforcé l'État de droit et démontré, comme l'expliquait le Doyen Vedel à ceux qui pointaient un index accusateur contre le gouvernement des juges, qu'il n'en est rien parce que le Conseil constitutionnel ne « s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel »³⁵. Les sources du droit constitutionnel français sont aujourd'hui exclusivement écrites³⁶ et elles le restent grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si les pouvoirs constitués, notamment le pouvoir législatif, veulent changer les normes qui les obligent, il leur faut aller devant le pouvoir constituant. C'est une mutation fondamentale dans notre histoire.

II. Le renouveau des sources écrites

Longtemps, les sources du droit constitutionnel furent principalement nationales. À l'exception des périodes d'élaboration des constitutions, l'intérêt ne se portait pas au-delà des frontières. L'opinion commune se rangeait volontiers aux positions de Maurice Deslandres qui pensait : « Comparer des institutions fonctionnant dans

³² Joseph-Barthélémy, *La constitution et le régime politique*, 1933, p. 2.

³³ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 11.

³⁴ Décision n° 2008-563 DC du 21 février 2008, *Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général*, cons. 3. Commentant la décision, M. Verpeaux note : « La décision 563 DC s'inscrit ainsi dans la lignée des décisions ayant rejeté la reconnaissance d'un nouveau PFLR réclamé par les auteurs de la saisine » (« Égal accès des femmes et des hommes aux mandats politiques et loi politique », *AJDA* 2008, p. 634).

³⁵ G. Vedel, « Le précédent judiciaire en droit public français », *Journées de la société de législation comparée*, 1984, p. 265 s. Pour des confirmations ultérieures, v. M. Rocard, Premier ministre, Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport présenté par la délégation française à la VIII^e conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara, 7-10 mai 1990), *RFDA*, 1990, p. 317 ; B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *RFDA*, 2004,

p. 215 et s., not. à l'appel de la note 35.

³⁶ Certes, les sources écrites sont interprétées, notamment par le juge constitutionnel. Mais l'interprétation ne saurait être présentée comme une création de droit à proprement parler parce qu'en règle générale, par l'effet d'une fiction nécessaire, elle se confond avec l'acte interprété. Pas plus qu'il n'y a, d'un côté, le code civil, et de l'autre, la jurisprudence, il n'y a pas, d'un côté, la Constitution, et de l'autre, l'interprétation qui en est faite. La Constitution et l'interprétation qui s'y attache sont indissociables, tout au moins « si elle est interprétation et pas davantage » [comme le rappelait S. Rials, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle, À propos du dixième anniversaire du référendum de 1969 », *Revue Administrative*, vol. 32 (1979), p. 265-273, not. p. 266]. Si elles se séparent, c'est que l'interprétation est effectivement « davantage » qu'elle doit être et qu'elle constitue une violation de la règle interprétée. En démocratie, c'est généralement le cas quand une interprétation est rejetée par le corps social.

des pays divers, c'est certes fort intéressant, mais cela ne permet pas d'en déduire que les unes sont meilleures que les autres et d'apprécier par comparaison leurs résultats [...]. Les enseignements du droit constitutionnel par comparaison de peuple à peuple sont donc très incertains »³⁷. Aujourd'hui, ces préjugés portent la marque de leur temps. La manière dont le Conseil constitutionnel a construit le constitutionnalisme français le démontre amplement.

Comme l'un de ses membres l'a révélé avec une clarté exemplaire, le Conseil constitutionnel a bâti le constitutionnalisme français par la méthode comparative³⁸, soit qu'elle se soit imposée à lui dans le cadre de la construction européenne, soit qu'il y ait eu recours spontanément pour s'informer des réponses données par les juridictions constitutionnelles étrangères aux problèmes similaires qui se posaient à lui³⁹. Il a ainsi complètement renouvelé les sources matérielles du droit constitutionnel français. Sans doute, le Conseil constitutionnel n'invoque-t-il jamais une décision étrangère dans les visas de ses décisions. Il ne l'a fait qu'une seule fois, dans sa décision du 30 novembre 2004 sur le projet de traité instituant une Constitution européenne où il a expressément visé l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 29 juin 2004 dans l'affaire *Leyla Şahin c/ Turquie* qui valide les exigences du principe de laïcité au regard du droit européen des droits de l'Homme⁴⁰. Mais une doctrine attentive a bien montré que, nonobstant sa discrétion, la Haute ins-

tance suit l'évolution du droit au-delà de nos frontières et qu'elle en tient compte⁴¹. Nombre de ses décisions révèlent une source étrangère indirecte, soit que le Conseil constitutionnel ait enrichi le corpus constitutionnel français par le droit européen (A), soit qu'il se soit servi, en tant que de besoin, des ressources du droit comparé (B).

A. L'apport du droit européen

1. Le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme

Il est entendu depuis la décision *IVG* (1975) que le Conseil constitutionnel n'applique pas directement les normes de la Convention européenne des droits de l'Homme⁴². Toutefois, comme l'a expliqué M. Olivier Duthéillet de Lamothe, le Conseil constitutionnel est indirectement obligé d'appliquer les précédents de la Cour européenne des droits de l'Homme⁴³. C'était vrai du temps où il ne s'occupait que de contrôle *a priori*. Comme l'a confirmé M. Marc Guillaume, c'est toujours vrai depuis l'entrée en vigueur de la QPC⁴⁴. La première raison est qu'à s'écarter du droit de la CEDH, il court le risque de voir la Cour de Strasbourg censurer une loi qu'il a jugée constitutionnelle; la seconde est qu'il ne peut pas contredire les précédents de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui, eux, appliquent directement la Convention et les précédents de la Cour européenne. Le Conseil constitutionnel est ainsi amené à tenir compte des précédents établis par la jurisprudence de Strasbourg⁴⁵. Trois conséquences en résultent.

³⁷ M.-C.-E. Deslandres, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à 1870*, A. Colin, 1932, vol. 1, p. 2.

³⁸ O. Duthéillet de Lamothe, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », sixième Congrès mondial de droit constitutionnel, Santiago du Chili (16 janvier 2004), p. 7, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/comparatif.pdf. La traduction anglaise de cette communication est parue in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3 (2005), p. 550 s.

³⁹ C'est ainsi, comme l'a expliqué M. Duthéillet de Lamothe, qu'en 2001, lors de la révision de la loi IVG, le Conseil a pris connaissance avec attention des solutions américaine et allemande ainsi que de la position de la Cour de Strasbourg sur la question, *ibid.*, p. 6 *in fine*.

⁴⁰ Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 (Traité établissant une Constitution pour l'Europe).

⁴¹ Deux exemples viennent à l'esprit. Le premier est celui de la notion d'objectif de valeur constitutionnelle dont l'origine se situe en Allemagne où la Cour constitutionnelle a défini la Constitution comme établissant un ordre objectif de valeurs qui s'imposent aux pouvoirs constitués, mais que le Conseil constitutionnel a revisitée, extraite de la conception organique de l'État qui prévaut outre-Rhin et adaptée à la tradition constitutionnelle française, v. P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Dalloz, 2006, pp. 377-382. Le second est celui de la pratique des réserves d'interprétation qui s'est développée en Italie et qui a nourri la réflexion française sur les réserves interprétatives, v. T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, *Economica*, 1997, pp. 464-465.

⁴² Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, cons. 3.

⁴³ O. Duthéillet de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel », Discours prononcé le 13 février 2009 (visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'Homme au Conseil constitutionnel), http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_oduthéillet.pdf.

⁴⁴ M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », *Nouveaux Cahiers C.C.*, 2011/3, n° 32, p. 67-95, not. p. 68-69 et 87.

⁴⁵ Les décisions du Conseil constitutionnel prises à la lumière de l'autorité persuasive de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peuvent être identifiées soit à partir du dossier documentaire annexé à chaque décision sur le site du Conseil [v. par ex. Décision 2010-613 DC du 7 octobre 2010 (*Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*) prise en considération de l'article 9 de la Convention et des arrêts rendus par la Cour de Strasbourg dans les affaires *Kokkinakis c/ Grèce* (25 mai 1993), n° 14307/88, *Leyla Şahin c/ Turquie* (10 nov. 2005), n° 44774/98, *Dogru c/ France* (4 mars 2009), n° 27058/05, *Ahmet Arslan et autres c/ Turquie* (23 févr. 2010), n° 41135/98, référenciés au dossier pp. 5-8], soit à partir des commentaires faits sur chaque décision et uniquement disponibles sur le site internet du Conseil constitutionnel en format PDF [par ex., v. le commentaire de la décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*, qui fut rendue en tenant compte de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 à la Convention et de l'interprétation donnée par la Cour à la notion de « bien » qui, selon elle, inclut les créances, p. 11].

La première est que, sauf peut-être en matière sociale, le corpus de la Convention est plus riche en droits et libertés que le corpus français. Pour les harmoniser, le Conseil constitutionnel a déduit des dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 ou du Préambule de 1946 des droits qui sont explicitement formulés dans la Convention européenne, mais qu'il est aussi possible de lire en filigrane dans les textes français, « créant » ainsi moins de nouveaux droits que « contextualisant » des droits reconnus en 1789 et 1946. Il a interprété un texte qui n'était plus tout récent, et un autre qui était très ancien, à la lumière des exigences du temps présent. Ce faisant, il a découvert que le droit constitutionnel français, lui aussi, garantissait le « droit de mener une vie familiale normale »⁴⁶ à partir du dixième alinéa du préambule de la Constitution de 1946⁴⁷, ou encore que, lui aussi, protégeait le « principe de la dignité de la personne humaine »⁴⁸ à partir de l'alinéa 1^{er} du même Préambule⁴⁹, de même qu'il assurait le « droit au respect de la vie privée » (article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme) sur le fondement de la liberté personnelle visée à l'article 2 de la Déclaration de 1789⁵⁰ et la « liberté du mariage » (article 12 de la Convention européenne) sur le double fondement des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789⁵¹.

La seconde conséquence est que la jurisprudence de Strasbourg a permis au Conseil constitutionnel d'enrichir la conception française de certains droits et libertés. Par exemple, la liberté d'expression garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 implique le « pluralisme des courants d'expression socio-culturels »⁵² ou « pluralisme des courants de pensée et d'opinions »⁵³ que la Cour européenne des droits de l'Homme avait évoqué comme une exigence de la société

démocratique dans l'arrêt *Handyside* (7 décembre 1976)⁵⁴ ; ou encore, l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle doit s'apprécier à la lumière de l'article 5 c) de la Convention⁵⁵ de sorte que : « En dehors des cas où ils agissent sur réquisition de l'autorité judiciaire, les agents habilités ne peuvent disposer d'une personne que lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'elle vient de commettre une infraction ou lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité et de l'empêcher d'en commettre une »⁵⁶.

La troisième conséquence est que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a eu un impact décisif sur les procédures judiciaires, notamment sur la procédure pénale. Le Conseil constitutionnel en a tenu compte et il a plongé l'article 16 de la Déclaration de 1789 dans un bain de jouvence en l'interprétant comme « impliqu[ant], notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties »⁵⁷, usant d'une formule qui fait allusion au « procès équitable » et à « l'égalité des armes » dégagés par la Cour de Strasbourg (arrêt *Delcourt c/ Belgique* du 17 janvier 1970⁵⁸ ; arrêt *Golder* du 21 février 1975⁵⁹).

Enfin, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a conduit le Conseil constitutionnel à modifier sa propre jurisprudence en matière de validations législatives. À la suite de la décision *Zielinski*⁶⁰ qui censura une loi de validation que le Conseil constitutionnel avait jugée conforme à la Constitution, la Haute instance s'est explicitement fondée sur le principe de séparation des pouvoirs de manière à pouvoir, comme la Cour européenne, mettre en balance, d'un côté, l'intérêt public – qui doit être selon la Cour européenne un « intérêt

⁴⁶ V. CEDH, affaire *Beldjoudi c/ France* (26 mars 1992), n° 12083/86.

⁴⁷ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

⁴⁸ V. CEDH, arrêt *Klaas c/ Allemagne* (22 septembre 1993), n° 15473/89, en particulier, l'opinion dissidente du juge L.-E. Pettiti.

⁴⁹ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

⁵⁰ Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*.

⁵¹ Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.

⁵² Décision n° 86-217 DC du 18 décembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 11 et 13.

⁵³ Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, cons. 16.

⁵⁴ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni* (7 déc. 1976), n° 5493/72, § 49.

⁵⁵ V. CEDH, arrêt *Tomasi c/ France* (27 août 1992), n° 12850/87, not. § 84.

⁵⁶ Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 10.

⁵⁷ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, cons. 44.

⁵⁸ CEDH, arrêt *Delcourt c/ Belgique* (17 janv. 1970), n° 2689/65, § 28.

⁵⁹ CEDH, arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* (21 févr. 1975), n° 4451/70, § 36.

⁶⁰ CEDH, arrêt *Zielinski et Pradal et Gonzales et autres c/ France*, 28 octobre 1999 (n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96), § 59.

impérieux » alors que le Conseil constitutionnel, plus réservé, se satisfait d'un « intérêt général suffisant »⁶¹ – et de l'autre, l'intérêt privé, le droit du requérant de pouvoir former un recours juridictionnel effectif. En prenant appui sur la séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel exerce désormais un contrôle de proportionnalité sur les lois de validation⁶².

2. Le droit de l'Union européenne

La situation est la même pour le droit de l'Union. Le Conseil constitutionnel n'est pas chargé de l'appliquer directement, mais, comme l'a dit M. Dutheil de Lamothe que je suis ici de près, il est tenu de l'appliquer indirectement pour les mêmes raisons qu'il applique le droit de la Convention.

En 2003, par exemple, le Conseil constitutionnel a validé une disposition de la loi portant réforme des retraites qui, dans le calcul des années de cotisation, accordait un avantage aux femmes ayant élevé un enfant. Il a estimé que les inégalités de fait dont souffrent les femmes qui ont interrompu leurs carrières professionnelles pour l'éducation de leurs enfants étaient de nature à autoriser une dérogation au principe selon lequel « l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre du sexe des parents »⁶³. Les textes sur lesquels il s'est fondé révèlent clairement que c'est la législation communautaire qui l'a conduit à retenir cette solution accommodante⁶⁴.

Un autre exemple est celui de la loi qui réforme le droit d'asile en 2003, transposant par anticipation une directive communautaire en droit français⁶⁵. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a été conduit à tenir compte, pour admettre la

conformité de la loi à la Constitution, du projet de directive communautaire qui, lui-même, reflétait le droit des différents États membres. Il a ainsi admis l'introduction en droit français de trois notions tout à fait nouvelles : celle de l'origine non étatique des persécutions dont les réfugiés peuvent faire l'objet, celle de liste de pays d'origine sûrs et celle d'asile interne. De même, en décembre 2003, le Conseil constitutionnel a subordonné la conformité à la Constitution de l'article 117 de la loi de finances pour 2004 qui oblige les collectivités territoriales et leurs établissements à informer l'État avant toute opération affectant le compte du Trésor, au respect de l'article 101 du Traité instituant la Communauté européenne qui interdit à la Banque de France de consentir des avances aux différents organismes publics et prohibe dès lors tout solde débiteur du compte du Trésor à la Banque de France⁶⁶.

B. L'apport du droit comparé

Le pouvoir normatif du Conseil constitutionnel est devenu une réalité qui n'échappe à personne ; la jurisprudence interprétative de la loi constitutionnelle est une source de droit accessoire⁶⁷. Mais où le Conseil constitutionnel a-t-il puisé son inspiration ?

En premier lieu, il s'est tourné vers les sources internes. Ce n'est un mystère pour personne que le Conseil d'État l'a grandement inspiré dans sa tâche. Ainsi la jurisprudence du Conseil d'État lui a-t-elle soufflé la féconde idée d'incorporation par référence dans le droit constitutionnel positif d'un texte mentionné dans le Préambule de la Constitution. Sous la IV^e République, la Haute Assemblée avait jugé que la Déclaration de 1789 avait valeur

⁶¹ Pour cosmétique qu'elle puisse paraître, la différence est loin d'être inutile. Elle témoigne du souci du Conseil constitutionnel de préserver l'autonomie d'un concept juridique français et de ne pas aligner la notion d'intérêt général sur le droit européen qui, lui-même, s'est aligné sur le droit américain puisque le concept d'« intérêt impérieux » est directement issu de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis qui l'a utilisé pour la première fois en relation avec l'intérêt public impérieux (*compelling public interest*) qu'elle exigeait du Congrès pour que celui-ci puisse limiter le droit des contribuables de demander en justice le sursis à l'exécution de la décision ordonnant le recouvrement d'une taxe, v. *Yakus v. U.S.*, 321 U.S. 414, 442 (1944). Par la suite, la Cour suprême a étendu l'exigence d'un intérêt public impérieux en cas d'atteinte à un droit fondamental.

⁶² Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 63 et 64. Pour une application récente, v. Décision n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *M. Alban Salim B.* (Concession du Stade de France), cons. 5, v. toutefois la chron. d'A. Roblot-Troizier et G. Tusseau, *RFDA*, 2011, p. 611 et s. qui estiment que « cette manière de procéder s'explique sans aucun doute par la facilité qu'il y a à transposer dans le contrôle *a posteriori* une jurisprudence éprouvée dans le cadre du contrôle *a priori*, [mais] qu'elle ne se justifie qu'imparfaitement car il appartient au Conseil constitutionnel

d'explicitier comment un principe d'organisation des pouvoirs publics devient un droit, à tout le moins qu'il soit traité comme tel ».

⁶³ Décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 24 et 25.

⁶⁴ Il s'agit de la Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, référencée dans le dossier documentaire annexé à la décision citée *supra*, note 63, p. 7.

⁶⁵ Décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, *Loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile* ; v. les nombreuses dispositions du Traité instituant la Communauté européenne (dans sa rédaction issue du Traité d'Amsterdam) référencées dans le dossier documentaire, pp. 13-15.

⁶⁶ Décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances pour 2004*, cons. 33.

⁶⁷ Nier le pouvoir normatif de la jurisprudence revient à défendre « une doctrine vieillissante et conservatrice » (G. Canivet, « Débat autour du livre de Stephen Breyer, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire* », *RIDC*, 2011, p. 547 s., note p. 553).

de droit positif parce qu'elle était mentionnée dans le Préambule de 1946⁶⁸ et, sous la V^e République, elle avait étendu ce raisonnement au Préambule de 1958⁶⁹. En 1971, le Conseil constitutionnel a inscrit ses pas dans ceux du Conseil d'État et il a pu rendre la célèbre décision *Liberté d'association*. Toutefois, le Conseil d'État n'est juge constitutionnel que des actes administratifs. Sa jurisprudence ne pouvait donc pas donner au Conseil constitutionnel toutes les réponses à toutes les questions qui se posaient à lui dans sa fonction de juge de la loi, en dépit des similitudes existant entre l'excès de pouvoir législatif et l'excès de pouvoir administratif⁷⁰.

Aussi est-ce dans l'expérience de ses homologues étrangers que le Conseil constitutionnel a trouvé les éléments qui lui ont permis de répondre aux défis qui se sont posés à lui. Comme l'a dit ici encore M. Olivier Dutheillet de Lamothe, « Le droit comparé a pris une importance particulière au Conseil constitutionnel pour plusieurs raisons : il s'agit d'une institution jeune, puisqu'elle n'a été créée qu'en 1958 ; le contentieux constitutionnel s'est développé au cours de la période récente comme une nouvelle discipline dans tous les pays et, notamment, dans les jeunes démocraties »⁷¹. La Haute instance a regardé au-delà de nos frontières et elle a pratiqué ce que le Conseiller constitutionnel a appelé un « comparatisme spontané », non pas en copiant servilement ses homologues, mais en puisant dans leurs expériences les enseignements de nature à élaborer un statut de juge de l'excès de pouvoir législatif qui lui soit propre et qui était encore à peine esquissé à la fin des années 1970.

L'élection de François Mitterrand à la présidence de la République et la conquête du pouvoir législatif par la gauche en 1981 marqua un tournant dont la décision sur les *Nationalisations* tira la leçon avec une exceptionnelle fermeté⁷². Cette décision comporte comme celle sur les *Lois de décentralisation* qui la suit cinq semaines plus

tard⁷³ une affirmation dont M. Guy Canivet a pu dire avec des mots forts qu'elle « fonde le constitutionalisme français »⁷⁴. La raison est qu'interprétant l'article 34 de la Constitution qui fixe le domaine de la loi, le Conseil constitutionnel a jugé que « cette disposition [...] ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État »⁷⁵. La même motivation est reprise dans la décision sur la loi de décentralisation dans une version légèrement modifiée : « Le principe de légalité [on aurait pu dire aussi "de constitutionnalité" souligne M. Canivet] exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit [inscrites dans] la Constitution adoptée par le peuple français »⁷⁶. L'importance de ces deux considérants tient aux deux propositions, liées l'une à l'autre, qu'ils contiennent. La première affirme ce que l'on pourrait appeler le principe de l'unité de la Constitution, ou principe de l'unité des normes de références – c'est l'idée que ces normes sont indissociables les unes des autres ; la seconde pose le principe de suprématie de la Constitution sur toutes les normes et tous les pouvoirs constitués.

1. L'unité de la Constitution

La première proposition qui était déjà implicitement posée dans les décisions *Liberté d'association* et *IVG* pose un principe d'unité de la Constitution en affirmant que « dans l'exercice de sa compétence » – c'est-à-dire, dans le cadre de l'article 34 – le législateur est tenu au « respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle ». En d'autres termes, non seulement la Constitution, composée du préambule, des textes qui y sont mentionnés expressément et par renvoi, ainsi que le dispositif, forme bloc – comme le suggère la courante formule de « bloc de constitutionnalité » –, mais encore les diverses dispositions de la Constitution sont interdépendantes les unes des autres ; il ne suffit pas que la loi soit conforme à l'une

⁶⁸ CE 11 juill. 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, *Lebon* p. 317 ; CE 16 avr. 1957, *Condamine*, *Lebon* p. 68.

⁶⁹ CE 12 févr. 1960, *Société Eky*, *Lebon* p. 101.

⁷⁰ G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif » (I) et (II), *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1 (déc. 1996) et 2 (mai 1997), en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

⁷¹ O. Dutheillet de Lamothe, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », préc. *supra* note 38, pp. 1-2.

⁷² Décision n° 82-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

⁷³ Décision n° 82-137 DC du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*.

⁷⁴ G. Canivet, « Débat autour du livre de Stephen Breyer, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire* », préc. *supra* note 67, p. 551.

⁷⁵ Décision n° 82-132 DC, cons. 18.

⁷⁶ Décision n° 82-137 DC, cons. 3 (italiques ajoutées).

d'entre elles (en l'espèce, l'article 34) pour être constitutionnelle, il faut qu'elle soit conforme à toutes les autres (notamment celles incorporées par référence dans le Préambule). La Constitution forme plus qu'un bloc, elle forme système, elle est une unité, si l'on préfère. Le principe est fort ancien. John Marshall l'a dégagé dans l'arrêt *Marbury v. Madison* et énoncé sous la forme d'une question ingénue, mais profonde: « Dans certains cas, les juges doivent examiner la constitution. Et s'il leur est loisible de l'ouvrir, quelles en sont les parties qu'il leur est interdit de lire ou auxquelles il leur est interdit d'obéir ? »⁷⁷ La réponse est que, bien sûr, il n'y en a pas⁷⁸; il n'y a pas de disposition que le juge ne pourrait pas regarder; le juge ne doit pas, et ne peut pas, s'intéresser à une disposition, et à une seule; il doit s'intéresser à toutes les dispositions du texte et, dans le cas français, à toutes les dispositions de tous les textes qui forment la Constitution. Si l'une est en cause, toutes les autres le sont aussi.

Comme l'a dit encore John Marshall, une constitution n'a pas « la prolixité d'un code juridique » dans lequel le juge peut ne s'intéresser qu'à un article et à un seul; dans une constitution, « seuls les grands contours sont tracés » de sorte que, pour en faire « une interprétation impartiale et juste », le juge doit la prendre comme formant un tout; et John Marshall recommandait: « Nous ne devons jamais oublier que c'est une constitution que nous interprétons »⁷⁹. Il voulait dire par là que toutes les dispositions d'une constitution sont liées les unes aux autres et s'éclairent mutuellement. Une constitution est plus qu'une constitution, pour ainsi dire; elle forme un « ordre constitutionnel » comme le précise la Loi fondamentale allemande quand elle dispose que « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel » (*verfassungsmäßige Ordnung*) [art. 20 (3)]. C'est exactement le principe d'interprétation que le Conseil constitutionnel a appliqué dans l'affaire des nationalisations. Il a jugé que la compétence du législateur ne se

mesure pas au seul article 34 de la Constitution de 1958; elle doit aussi respecter « le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression »⁸⁰, mais dans une autre partie de la Constitution que le texte de 1958, la Déclaration de 1789.

2. La suprématie de la Constitution

La deuxième proposition, tout aussi importante, est celle qui énonce le principe de la suprématie de la Constitution en ces termes: « le respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle [...] s'impose à tous les organes de l'État ». Les mots décisifs, ici, sont « tous les organes de l'État ». À coup sûr, ils englobent l'autorité judiciaire. C'est pourquoi M. Canivet a raison de dire que la décision de 1982 « fonde le constitutionnalisme français » car elle signifie que la Constitution s'impose à tous les organes de l'État, et notamment au pouvoir judiciaire qui doit interpréter la loi à sa lumière, même s'il ne peut pas l'invalidier pour inconstitutionnalité. Application et annulation de la loi ne sont pas sur le même plan. Si le juge ne peut pas annuler une loi inconstitutionnelle (il s'agit d'un pouvoir qui n'appartient qu'au Conseil constitutionnel), il doit tout faire pour l'interpréter dans un sens conforme à la Constitution. En d'autres termes, le juge peut, et même doit, ouvrir la Constitution et il n'y a pas de disposition qu'il ne puisse lire.

Ici encore, la démarche du Conseil constitutionnel révèle une troublante ressemblance avec celle de la Cour constitutionnelle allemande. Derrière la précision, « le respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle [...] s'impose à tous les organes de l'État », il y a l'arrêt *Lüth* qui étendit la portée du droit à la liberté d'expression à l'interprétation d'une disposition du Code civil allemand sur la diffamation et la protection de l'honneur (art. 826 BGB)⁸¹. Comme l'a expliqué le

⁷⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 179 (1803).

⁷⁸ L'unité de la Constitution avait été perçue par Marshall de manière intuitive; mais elle fut théorisée par la Cour de Karlsruhe dans le premier jugement qu'elle rendit en 1951 dans l'affaire des trois *Länder du Sud-Ouest*. Dans cette affaire, la Cour a estimé que la constitutionnalité d'un redécoupage territorial de deux *länder* en trois nouvelles entités ne pouvait pas être réglée sur le seul fondement de l'article de la Constitution qui le prévoit, mais qu'elle devait être aussi envisagée à la lumière des dispositions de la Loi fondamentale relatives à la démocratie et au fédéralisme, et interprétées dans leur esprit. La décision [1 BVerfGE 14 (1951)] est traduite en anglais et commentée par D. Kommers, *The Consti-*

tutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Duke University Press, 1997, pp. 62-68. Sa portée a été dégagée par G. Leibholz, *Politics and Law*, A. W. Sythoff, 1965, p. 289.

⁷⁹ Les expressions entre guillemets sont contenues dans le plus grand arrêt qu'ait pu écrire John Marshall sur l'interprétation constitutionnelle au cours de sa présidence, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 407 (1819).

⁸⁰ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 16.

⁸¹ BVerfGE 198 (1958), v. Kommers, préc. *supra* note 78, pp. 361-368. L'arrêt *Elfes*, *ibid.* pp. 315-319, annonçait déjà la prééminence d'un droit fondamental sur une limitation voulue par le pouvoir exécutif, BVerfGE 6, 32 (1957).

professeur Dieter Grimm, ancien juge à la Cour de Karlsruhe, la conséquence immédiate de la jurisprudence *Lüth* fut d'étendre l'influence de la Constitution au-delà de la sphère législative, à la sphère administrative et judiciaire⁸². L'affaire *Soraya* le confirma avec éclat⁸³. Toute loi dont l'objet est de limiter l'exercice d'un droit constitutionnel doit être interprétée conformément à l'esprit de la Constitution qui exerce sur elle un « effet rayonnant »⁸⁴. Le résultat est que l'administration de la justice qui n'était jusqu'ici qu'une interprétation législative, éventuellement opérée au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme⁸⁵, doit être d'abord une interprétation constitutionnelle et seulement, de façon accessoire, une interprétation conventionnelle. M. Duthéillet de Lamothe le disait déjà en 2007, en termes fort explicites : « Du fait de leur effet horizontal, les droits et les libertés fondamentales ont un impact direct sur l'ensemble de notre droit, y compris sur les rapports de droit privé »⁸⁶.

Les juridictions doivent donc se tourner d'abord vers la Constitution, et ne recourir à la Convention que si celle-ci donne une réponse qu'elles ne trouvent pas dans celle-là. Le Conseil constitutionnel leur a indiqué la voie à suivre de deux manières. Tout d'abord, il a expliqué, au prix d'une lecture contextualisée des textes constitutionnels, que les droits et libertés reconnus dans la Convention européenne le sont aussi par la Constitution française. Ensuite, il se sert des réserves d'interprétation pour permettre aux juridictions d'interpréter un texte de loi, sans possibilité

d'erreur, à la lumière de nos principes et règles constitutionnels⁸⁷. A-t-il été compris ? Il est permis de s'interroger à en juger par le déluge de protestations qui s'est abattu sur certaines de ses décisions⁸⁸.

En principe, la réforme de 2008 devrait ouvrir les yeux, tout au moins quand les juridictions auront compris que le mécanisme de la QPC n'a pas été conçu, comme le premier président de la Cour de cassation le redoutait, pour coiffer toutes les juridictions d'« une Cour suprême à l'américaine »⁸⁹. La preuve en est que, si le Conseil constitutionnel était une Cour suprême à l'américaine, le justiciable pourrait aller directement jusqu'à lui ; mais il ne le peut pas, à la différence du projet qui avait été élaboré quinze ans auparavant par le « comité Vedel » qui, au contraire, ouvrait cette possibilité si américaine. Aujourd'hui, ce n'est pas le citoyen qui va devant le Conseil constitutionnel, ce sont les cours suprêmes qui se servent de l'individu pour obtenir une réponse sur un point de droit qu'elles ne peuvent pas trancher elles-mêmes parce qu'elles ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois. C'est si vrai que le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel ne s'impose à elles que lorsqu'il leur est impossible d'interpréter la loi, prise dans l'état où elles la trouvent, avec la jurisprudence qui lui est attachée (sauf à la changer) conformément aux principes et règles de valeur constitutionnelle éclairés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. C'est d'ailleurs cette impossibilité qui signe le « caractère (vraiment) sérieux » d'une QPC⁹⁰. Car tant que les cours suprêmes peuvent interpréter la loi par la

⁸² D. Grimm, « Judicial Activism », in R. Badinter et S. Breyer (dir.), *Judges in Contemporary Democracy - An International Conversation*, New York University Press, 2004, p. 17 s., not. p. 21. En français, v. du même auteur, « L'interprétation constitutionnelle. L'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle fédérale » (trad. S. Schott), *Jus Politicum*, n° 6 (2011), not. pp. 14-17 de la version PDF.

⁸³ L'arrêt *Soraya* (1973) est celui dans lequel la Cour constitutionnelle, prolongeant la jurisprudence *Lüth*, a approuvé la Cour fédérale de justice d'avoir écarté l'interdiction de réparation pécuniaire en cas de dommage moral qui était posée par l'article 253 du Code civil allemand (sauf disposition législative contraire) et d'avoir accordé des dommages-intérêts à l'ex-épouse du Chah d'Iran dans une action en diffamation formée contre « Die Welt » et un journaliste indépendant, au motif que l'article du Code était dépassé par l'évolution sociale et rendu obsolète par la Loi fondamentale qui reconnaît à l'individu le droit à la protection de sa personnalité, 34 BVerfGE 269 (1973), v. Kommers, préc. *supra* note 78, pp. 124-128.

⁸⁴ BVerfGE 34, 269, 280, *Soraya* (1973), cité par D. Capitant, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, LGD, 2001, p. 263, note 257.

⁸⁵ Sous ce rapport, il ressortait, il y a dix ans, que « l'influence acquise de la Convention européenne sur le droit civil [était], pour l'heure, peu développée », A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2002, p. 803.

⁸⁶ O. Duthéillet de Lamothe, « Droits fondamentaux et interprétation du contrat : le regard du juge constitutionnel » (12 janv. 2007), p. 5,

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/20070112.pdf.

⁸⁷ A. Viala le dit très bien : « l'objet exclusif des réserves d'interprétation [est] le respect du principe de constitutionnalité. [Le juge constitutionnel] n'interprète pas la loi à la place du juge ordinaire. Il indique dans quelles limites conformes à la Constitution il est loisible d'interpréter la loi » (*Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGD, 1999, p. 264).

⁸⁸ V. par ex. N. Molfessis, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000, I, 210.

⁸⁹ Devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, avait au cours des auditions sur l'évaluation de la loi organique sur l'article 61-1 de la Constitution mis en garde contre des mesures hâtives qui conduiraient « vers cette Cour suprême à l'américaine dont rêvent d'aucuns », A. N., n° 2838, treizième législature, Rapport d'information (5 oct. 2010), p. 76.

⁹⁰ Le juriste formé au droit comparé pourrait voir dans la QPC un esprit analogue à celui qui habite l'application du *Human Rights Act* 1998. Tant que le juge anglais peut interpréter la loi du Parlement conformément à la Convention européenne des droits de l'Homme, il doit le faire ; il doit même tout faire pour y parvenir ; il doit « tirer » sur le texte – « *so far as possible* », dit le HRA. Ce n'est que si, vraiment, il n'y arrive pas, qu'il doit faire une déclaration d'incompatibilité et renvoyer la loi au Ministre, à charge pour celui-ci de rechercher les moyens de remédier à l'incompatibilité devant le Parlement. Il en va de même *mutatis mutandis* pour le juge français face à une QPC.

jurisprudence conformément à la Constitution, elles doivent le faire et, ce faisant, guider les juridictions inférieures. Portalis ne disait pas autre chose quand il notait : « C'est au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application »⁹¹. La différence est qu'aujourd'hui, le magistrat et le juriconsulte savent, mieux, doivent savoir que l'esprit général des lois dans une démocratie n'est pas et ne peut pas être laissé à la discrétion de l'interprète, mais qu'il se dégage des principes et règles de valeur constitutionnelle voulus par le peuple souverain.

C'est donc à la lumière du droit constitutionnel français que les juges doivent donner leur sens aux grandes notions du droit privé que sont, par exemple, l'ordre public, les bonnes mœurs, la cause, ou encore qu'il leur appartient d'attribuer un contenu concret aux principes et règles que le législateur pose dans ses lois. C'est à l'aune de ses prescrip-

tions que doit s'apprécier la justesse des théories que la doctrine professe pour faire avancer le droit⁹². Éclairée par la réforme de 2008 et l'évolution de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, sa mission initiale aujourd'hui achevée, s'achemine vers un rôle supplétif⁹³, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, bien loin de limiter l'autorité judiciaire, lui a au contraire ouvert le champ des possibles pour faire vivre les lois.

En conclusion, il est permis de dire que la mutation des sources a revêtu en droit constitutionnel une ampleur et une profondeur inégalées dans les autres branches du droit. Aucune d'entre elles n'a été à ce point labourée, retournée, et semée d'idées nouvelles. Une moisson de résultats heureux est déjà sortie d'une terre régénérée ; d'autres se lèveront demain. Il n'est besoin que « de donner du temps au temps »⁹⁴.

⁹¹ Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, préf. M. Massenet, coll. « Voix de la Cité », Confluence, 1999, p. 19.

⁹² C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de droit des contrats, le solidarisme avancé au début du XX^e siècle par Demogue comme « une voie intermédiaire entre le socialisme et le libéralisme » (C. Jamin, « Henri Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in *Mélanges Terré*, 1999, p. 125 s., not. p. 136) et récemment réactivée par un grand nom de la doctrine civiliste (D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *ibid.*, p. 603 s.) a peut-être une portée moins étendue que celle qu'on aimerait

lui attribuer. Certes, le droit français fait une place au solidarisme, mais entre Demogue et le XXI^e siècle, le peuple souverain a précisé la place qu'il voulait lui faire : « La Nation proclame la *solidarité* et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des *calamités nationales* » (Préambule de la Constitution de 1946, italiques ajoutées).

⁹³ V. l'*interview* particulièrement éclairant qu'a donné le président Jean-Paul Costa à la *Revue du droit public*, 2012, n° 2, p. 267 s., surtout p. 284.

⁹⁴ M. de Cervantes, *L'ingénieux hidalgo Don Quichotte de la Manche*, partie II, chap. LXXI, Gallimard, coll. « La Pléiade », 2001, p. 1409.