



HAL
open science

Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés?. *Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 1991, Le Conseil constitutionnel, 13. hal-01659362

HAL Id: hal-01659362

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01659362v1>

Submitted on 8 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DANIÈLE LOCHAK

Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés?

Lorsque, en 1971, le Conseil constitutionnel avait, de façon imprévue et, pour tout dire, inespérée, invalidé les dispositions d'un texte restreignant la liberté d'association, un certain malaise s'était emparé de beaucoup d'esprits, partagés entre l'inquiétude et la satisfaction. L'inquiétude s'étant progressivement dissipée, à mesure que s'éloignait le spectre d'un gouvernement des juges, seule demeure aujourd'hui la satisfaction. On semble admettre que l'étendue des pouvoirs dont dispose le Conseil constitutionnel pour appliquer des textes vagues, ambigus et contradictoires est contrebalancée par la prudence, le tact avec lesquels il les utilise ; que le risque de voir cet organe de contrôle imposer ses vues à un Parlement démocratiquement élu et exprimant la volonté de la nation est donc minime et, partant, acceptable au regard de la contribution essentielle qu'apporte le Conseil constitutionnel à la protection des libertés publiques. Bilan globalement positif, en somme. D'où cette nouvelle image de l'institution qui se dessine peu à peu : à l'instar du Conseil d'Etat, création autoritaire devenue une pièce essentielle du régime libéral, le Conseil constitutionnel, destiné à l'origine à surveiller le Parlement pour le compte de l'Exécutif, serait devenu au fil des ans le garant de nos droits et libertés menacés par les entreprises d'un Gouvernement libéré de toute entrave, puisque assuré d'une majorité automatique au Parlement.

L'opportunité de la plupart des invalidations prononcées par le Conseil constitutionnel n'est guère contestable. Mais suffit-elle à justifier un optimisme qui semble assez généralement partagé ?

A considérer avec un regard tant soit peu critique les décisions rendues depuis une dizaine d'années touchant aux libertés publiques (1), on ne manque pas d'en retirer une impression de flou juridique et d'ambiguïté politique. L'un et l'autre ne sont du reste imputables qu'indirectement au Conseil constitutionnel ; ils résultent du dilemme dans lequel il se trouve enfermé, dilemme que Jean Rivero a parfaitement résumé : si le juge constitutionnel s'en tient à la lettre des dispositions constitutionnelles, son contrôle est inefficace et inutile dans la mesure où elles ne fournissent qu'exceptionnellement une réponse à la question posée ; si, à l'inverse, il s'efforce de donner vigueur à ces dispositions par une interprétation « constructive » — autrement dit subjective —, il s'expose au grief d'arbitraire et à l'accusation de vouloir gouverner. Soucieux d'éviter ces deux écueils, le Conseil constitutionnel pratique la navigation à vue, qui s'accommode mal d'une rigueur juridique au demeurant inaccessible avec les instruments dont il dispose, mais tout aussi peu d'une cohérence politique également illusoire au regard des exigences contradictoires auxquelles il est soumis.

FLOU JURIDIQUE

Disons-le d'emblée : il n'est pas possible de bâtir un raisonnement argumenté et juridiquement convaincant sur des fondements aussi mouvants que la Déclaration des droits de l'homme de 1789, conçue déjà à l'époque comme un simple rappel du droit naturel, le Préambule de la Constitution de 1946 qui est le fruit d'un compromis politique, ou ces fameuses « lois de la République » dont on ne sait au juste ce qu'elles recouvrent ni ce qui, en elles, est fondamental, donc immuable, et ce qui ne l'est pas. On ne s'étonnera pas de ce

(1) Selon nos calculs, 17 décisions ont été rendues dans ce domaine sur la base de l'article 61, al. 2 de la Constitution : 16 juillet 1971, associations ; 27 décembre 1973, taxation d'office et accès au juge ; 15 janvier 1975, interruption volontaire de grossesse ; 23 juillet 1975, juge unique ; 15 juillet 1976, consultation du dossier des fonctionnaires ; 2 décembre 1976, amendes pénales en matière de prévention des accidents du travail ; 12 janvier 1977, fouille des véhicules ; 5 juillet 1977, emploi des jeunes et participation ; 20 juillet 1977, service fait dans la fonction publique ; 23 novembre 1977, liberté de l'enseignement ; 18 janvier 1978, contre-visite médicale ; 27 juillet 1978, exécution des peines ; 22 novembre 1978, quartiers de haute sécurité ; 17 janvier 1979, vote plural aux conseils de prud'hommes ; 12 juillet 1979, péages sur les ouvrages d'art ; 25 juillet 1979, grève à la radio et à la télévision ; 9 janvier 1980, immigration. Par ailleurs, il faut aussi tenir compte des décisions qui se prononcent sur la constitutionnalité des lois organiques ou encore sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement, dont plusieurs touchent directement au domaine des libertés publiques.

que le Conseil constitutionnel, sur des principes insaisissables, ne réussisse à construire qu'une argumentation fragile.

Des principes insaisissables. — Tout a été dit sur la liberté que laissent au Conseil constitutionnel des dispositions ambiguës, vagues, parfois contradictoires, dont il détermine discrétionnairement la valeur juridique et les conditions d'application. De cette liberté dans le choix, l'interprétation et l'application des « principes à valeur constitutionnelle », on a fréquemment souligné les conséquences politiques : le risque d'un gouvernement des juges ; on a moins insisté sur les conséquences juridiques : l'incertitude qui s'attache à l'existence, à la consistance, à la valeur et à la portée des normes constitutionnelles. Principes introuvables, principes à géométrie variable, principes au contenu élastique ou aux effets aléatoires... : la souplesse et la flexibilité des normes applicables découlent inexorablement de la subjectivité de l'interprétation par le juge des dispositions constitutionnelles.

Parmi les principes qu'invoque le Conseil constitutionnel, il en est dont on chercherait en vain la trace dans un texte quelconque, constitutionnel ou même législatif. Dans l'utilisation qu'il fait de ces principes introuvables (mais retrouvés...), le Conseil constitutionnel procède un peu à la manière du Conseil d'Etat qui, lui aussi, « découvre » des principes généraux du droit dont il impose le respect à l'Exécutif en dehors de toute règle écrite. Ici et là se manifeste la même technique d'interprétation « constructive », selon cet euphémisme consacré qui dissimule pudiquement l'arbitraire du juge derrière la volonté présumée du constituant ou du législateur. Parfois, la formulation du principe résulte d'une simple généralisation à l'ensemble du droit de règles antérieurement consacrées dans des domaines particuliers ; cette démarche inductive et synthétique, qu'illustre l'accession des droits de la défense au rang de principe général du droit d'abord, de principe à valeur constitutionnelle ensuite (2 décembre 1976), représente une forme atténuée du pouvoir normatif que s'octroie le juge. Plus audacieuse, donc plus contestable, apparaît la transmutation d'exigences éthiques en règles de droit positif à la portée aussi incertaine que les principes moraux qui les inspirent — tel le « respect de tout être humain dès le commencement de la vie », principe introuvable auquel le Conseil constitutionnel n'hésite pas à confronter les dispositions de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse pour en apprécier la constitutionnalité (15 janvier 1975) — ou encore la création *ex nihilo*, sous couvert des nécessités de la vie en société et du fonctionnement des institutions, d'un

principe de continuité des services publics, dont l'effet le plus évident est de restreindre l'exercice d'un droit doté, lui, d'une valeur constitutionnelle incontestable : le droit de grève (25 juillet 1979) (2).

D'autres principes, dont le fondement formel est mieux établi, demeurent pourtant tout aussi insaisissables et fuyants, dans l'impossibilité où l'on est de connaître avec certitude leur contenu ou leurs effets. Il y a d'abord ces principes à géométrie variable dont la portée se modifie en fonction des hypothèses auxquelles on les applique : ainsi de la liberté d'association, si précieuse dans la généralité des cas qu'elle exclut jusqu'à l'éventualité d'un contrôle du juge judiciaire, non pas même sur leur constitution mais préalable à leur déclaration — si dévalorisée en revanche s'agissant de la « catégorie particulière » des associations étrangères que ces idées généreuses cessent brusquement de recevoir application (3). Quoique de façon moins visible, la même dualité affecte l'application du « principe de liberté » invoqué dans la décision sur l'interruption volontaire de grossesse, dont il ressort que la seule liberté constitutionnellement protégée est celle de *ne pas* avorter : la liberté d'avorter elle, semble bien être exclue du champ d'application du principe, limité ainsi aux hypothèses où il est dépourvu de portée pratique.

Il est des principes dont la portée est incertaine parce que leur contenu intrinsèque demeure indéterminé. C'est le cas de la plupart des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » énumérés par le Préambule de 1946, dont le Conseil constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle sans en définir simultanément le contenu, laissant au législateur le soin de déterminer les conditions de leur mise en œuvre. Cette formule, probablement inévitable compte tenu de la très grande imprécision de ces principes, leur confère en tout cas un contenu assez largement élastique, comme le montre la décision relative au principe de participation (5 juillet 1977). Un fort coefficient d'incertitude s'attache aussi aux principes dont le contenu est plus ou moins précis, mais dont les effets, eux, sont aléatoires, soit

(2) Ajoutons à la défense du Conseil d'Etat, dont on a parfois pris un malin plaisir à souligner les divergences d'appréciation avec le Conseil constitutionnel à l'avantage de celui-ci, qu'en l'occurrence le juge constitutionnel a été plus loin que le juge administratif en conférant expressément valeur constitutionnelle au principe de la continuité du service public, et en en imposant donc le respect au législateur lui-même.

(3) Si malmenée aussi, lorsque sont en cause les associations assimilées à des groupes de combat ou milices privées que le Gouvernement peut les dissoudre par décret en vertu de la loi (républicaine) de 1936. Tel est le sens de la décision du 16 juillet 1971 qui juge inconstitutionnel tout contrôle exercé sur la constitution ou la déclaration des associations, en réservant le cas des « mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations ».

que l'application du principe demande à être modulée en fonction des circonstances concrètes, soit qu'il doive se concilier avec un autre principe de valeur analogue. Parmi ces principes, dont la portée n'est plus que relative, figure le droit de grève, dont le Conseil constitutionnel estime qu'il peut être soumis aux limitations nécessaires « en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle » (25 juillet 1979). De même, la liberté de conscience, principe fondamental reconnu par les lois de la République, doit se concilier avec cet autre principe fondamental qu'est la liberté de l'enseignement, ce qui justifie d'imposer aux maîtres enseignant dans les établissements privés un devoir de réserve en vue d'assurer le respect du caractère propre de ces établissements, corollaire de la liberté de l'enseignement (23 novembre 1977). C'est enfin le principe d'égalité qui, sous sa forme absolue (« la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »), est non seulement rigoureusement inapplicable, mais incompatible avec la promotion d'une égalité réelle entre les citoyens. Ceci posé, il n'est guère aisé de distinguer entre les discriminations normales, parce que fondées sur des différences de situation, et compatibles avec la finalité même de la loi — puisque tel est le critère dégagé par le Conseil constitutionnel (17 janvier 1979) — et celles qui, ne répondant pas à cette double condition, sont inconstitutionnelles (4).

Une argumentation fragile. — Si l'argumentation juridique idéale-typique emprunte les voies du syllogisme, le caractère fuyant des règles applicables entraîne ici la défection de la « majeure » et, par voie de conséquence, la fragilité du raisonnement syllogistique dans son ensemble. De sorte que les solutions auxquelles parvient le Conseil constitutionnel, même lorsqu'elles paraissent opportunes au regard de la protection des libertés, n'emportent pas l'adhésion franche et entière au plan juridique. Parfois, ce sont les prémisses qui sont contestables ; parfois c'est la conclusion qui ne s'impose pas à l'évi-

(4) Les trois textes déclarés inconstitutionnels par le Conseil constitutionnel instauraient sans doute des discriminations injustifiées (27 décembre 1973 : discrimination entre les contribuables quant à l'accès au juge ; 23 juillet 1975 : discrimination entre les citoyens poursuivis pour les mêmes infractions, jugés par des juridictions composés de façon différente ; 17 janvier 1979 : droit de vote plural conféré aux employeurs occupant un grand nombre de salariés pour les élections prud'homales). Mais la différence de traitement entre des condamnés à la même peine qui peuvent subir des conditions libérales ou strictes de détention n'était-elle pas critiquable, bien qu'elle ait échappé à la censure du Conseil ? (27 juillet 1978.) Et qu'est-ce qui justifiait la discrimination résultant de l'application de la loi sur l'emploi des jeunes quant à la mise en œuvre des procédures de participation entre des entreprises occupant la même nombre de salariés ? (5 juillet 1977.)

dence : la décision finale, sans être incompatible avec la règle invoquée au départ, n'en apparaît pas comme la conséquence logique et nécessaire. On a de ce fait l'impression que la pétition de principe prend le pas sur le raisonnement déductif rigoureux.

Ainsi, le choix discrétionnaire l'emporte assurément sur les arguments de texte dans le tri qu'opère le Conseil constitutionnel entre les droits et libertés qu'il qualifie de « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et ceux auxquels il refuse cette qualification : en l'absence de toute disposition formelle dans le texte de la Constitution ou les textes auxquels elle renvoie, c'est pure affirmation que de reconnaître valeur constitutionnelle à la liberté d'association ou à la liberté de l'enseignement, mais non, par exemple, au principe de la gratuité de la circulation sur les voies publiques (*12 juillet 1979*), dont force est de constater que, s'il n'a pas la noblesse des précédents, il découle néanmoins aussi d'une « loi de la République », votée de surcroît en 1880, soit à la même époque que les plus grandes lois républicaines.

Cet arbitraire se retrouve encore dans la détermination des implications concrètes de tel ou tel principe : une fois admis que la liberté d'association est un principe de valeur constitutionnelle, rien n'indiquait que la simple possibilité de saisir l'autorité judiciaire préalablement à la délivrance du récépissé de déclaration dût être considérée comme une violation de ce principe, alors surtout que demeurerait intacte la faculté pour une association de se constituer librement. De même (et on choisit ici à dessein les décisions qui ont contribué à établir sa réputation de garant des libertés), la construction juridique par laquelle le Conseil constitutionnel s'efforce de démontrer que le pouvoir attribué à la police de procéder à la fouille des véhicules « porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle » (*12 janvier 1977*) frappe par le caractère vague de ses affirmations. D'une part, on ne peut citer aucun droit — que ce soit la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, ou la sûreté — qui fût directement et indiscutablement mis en cause par la disposition critiquée ; d'autre part, de nombreuses lois avaient déjà consacré au profit d'autorités multiples le droit de fouiller les véhicules (5).

(5) Dans le même ordre d'idées, on admirera aussi, dans la décision du *9 janvier 1980*, pourtant fondée sur une disposition expresse de la Constitution (« nul ne peut être arbitrairement détenu »), le *distinguo* subtil opéré entre deux hypothèses apparemment proches mais auxquelles est réservé un sort différent : lorsque le juge judiciaire intervient au bout des quarante-huit heures, il n'y a pas détention arbitraire ; elle le devient si le juge n'est saisi qu'au bout de sept jours.

Que les décisions les plus opportunes sur le plan de la protection des libertés ne soient pas toujours les plus rigoureusement fondées en droit n'est paradoxal qu'en apparence : pour rejeter un recours, le Conseil constitutionnel peut se borner à constater que la loi qui lui est soumise ne contredit aucune disposition constitutionnelle — affirmation qui, si l'on s'en tient à la lettre des textes, est pratiquement toujours vérifiée ; en revanche, le caractère inconstitutionnel d'une disposition législative est rarement donné immédiatement, et le Conseil constitutionnel, pour l'établir, doit conférer un contenu à des principes vagues, s'engageant ainsi sur un terrain où plus rien n'est évident.

L'autre écueil, à l'opposé du précédent, que le Conseil constitutionnel n'évite pas toujours, est celui du formalisme juridique : ici, le cadre syllogistique est scrupuleusement respecté, mais la solution laisse néanmoins insatisfait parce qu'elle découle d'un raisonnement purement abstrait et superficiel qui évacue les véritables problèmes. Ainsi, dans l'affaire du service fait (*20 juillet 1977*), il se borne à constater que la retenue sur traitement, simple mesure comptable et non mesure disciplinaire, est exclue du champ d'application des droits de la défense : raisonnement formellement irréprochable mais qui néglige à la fois l'impact réel de la retenue sur traitement (plus grave, souvent, qu'une sanction disciplinaire) et la facilité avec laquelle elle peut être détournée de son objet primitif.

Tantôt maniant librement la pétition de principe, tantôt s'enfermant volontairement dans un formalisme juridique étroit, le juge constitutionnel reste maître de sa décision finale. L'incertitude des bases normatives, la fragilité de la démonstration, font inévitablement soupçonner le caractère largement téléologique de sa jurisprudence. Si ce soupçon est fondé, il devient légitime et nécessaire de s'interroger sur les implications concrètes des décisions du Conseil constitutionnel, en le suivant sur le terrain qui est véritablement le sien, aux confins du politique et du juridique.

AMBIGUÏTÉ POLITIQUE

Politique par la force des choses, mais se refusant à l'être pleinement, la jurisprudence du Conseil constitutionnel donne l'impression d'osciller continuellement entre l'audace et la prudence : l'audace qu'exige l'invalidation de textes législatifs sur la base de dispositions constitutionnelles fuyantes et incertaines ; la prudence indispensable pour éloigner le spectre du gouvernement des juges. Jurisprudence

au coup par coup, elle est nécessairement sinucuse et, surtout, imprévisible. Seule une jurisprudence intégralement politique (ou, si tant est qu'elle soit concevable, strictement apolitique) pourrait prétendre à la cohérence d'un système ; une politique jurisprudentielle, qui s'efforce par définition de satisfaire à des impératifs contradictoires, prend le risque de l'incohérence ou, à tout le moins, de l'ambiguïté. L'ambiguïté, ici, doit s'apprécier au regard de la finalité du contrôle de constitutionnalité : si cette finalité, comme on le laisse entendre, est de faire échec aux entreprises gouvernementales qui menacent nos libertés, le bilan n'est pas aussi concluant qu'on le dit parfois. D'abord parce que la vigilance du Conseil constitutionnel s'avère sélective ; ensuite, parce que ses décisions apparaissent souvent comme autant de coups d'épée dans l'eau.

Une vigilance à éclipses. — A contester le bien-fondé de certaines décisions du Conseil constitutionnel, on s'expose au grief de prétendre substituer sa propre subjectivité à celle du juge. Il reste que si on s'attache au véritable enjeu de plusieurs textes qui lui ont été soumis, on montre aisément qu'il n'a pas toujours su — ou voulu — déjouer les pièges qu'ils recélaient.

Un texte apparemment inoffensif peut être dangereux par l'application qui en est faite : telle est la constatation réaliste et de bon sens qui a inspiré au Conseil constitutionnel deux de ses décisions importantes, relatives à la liberté d'association et à la fouille des véhicules. Ce qui l'a déterminé, ce sont les risques d'arbitraire et d'abus que comportaient des textes de circonstance votés à la demande du Gouvernement et qui s'inscrivaient ouvertement dans une stratégie d'ensemble visant, sous couvert de lutter contre la subversion ou contre la criminalité, à accroître de façon permanente le pouvoir des autorités de police. Or cette lucidité semble avoir fait défaut au Conseil constitutionnel dans d'autres affaires, notamment dans l'affaire du service fait : en refusant de censurer un texte lui aussi de circonstance, dont le but évident, sinon avoué, était de doter le Gouvernement d'une arme efficace et expéditive — la retenue sur traitement — pour lutter contre des formes d'action nouvelles dans la fonction publique, il a entériné un détournement de procédure lourd de conséquences puisqu'il laisse le champ libre à l'arbitraire des chefs de service en privant les fonctionnaires de moyens de défense utiles (6).

(6) Comme l'a parfaitement mis en lumière un ancien membre du Conseil constitutionnel : F. LUCHAIRE, Lorsque l'arbitraire devient la loi, in *Le Monde* du 28 juin 1977. Le Conseil d'Etat ne s'y était du reste pas trompé, puisqu'il avait

Attentif aux atteintes portées aux libertés, le Conseil constitutionnel n'eût-il pas dû, de même, profiter de l'occasion qui lui était offerte lors de l'examen de la loi sur la grève à la radio et à la télévision pour donner un coup d'arrêt à la dégradation continue d'une liberté de plus en plus malmenée dans le secteur public, en dépit de son indiscutable valeur constitutionnelle ? Or, s'il a éliminé certaines virtualités dangereuses du texte qui lui était soumis en déclarant inconstitutionnelle une formule qui eût conduit à imposer sur les trois chaînes, même en cas de grève, un service normal, il a admis l'idée que la diffusion, elle, devait dans tous les cas être assurée : ce qui, d'une part, prive les intéressés d'un droit de grève utile et, d'autre part, aboutit à gonfler encore, sans nécessité apparente, la catégorie des services « dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ». Le fonctionnement continu du service de la radio et de la télévision correspond-il à un impératif si évident et si absolu qu'il justifie cette nouvelle atteinte à un droit constitutionnellement consacré ?

Ces jugements à la Salomon que le Conseil constitutionnel affecte pour des raisons aisément compréhensibles, puisqu'ils lui permettent de se poser en défenseur des libertés sans paraître s'opposer systématiquement au Gouvernement et à la majorité du Parlement, ne sont pas pour autant à l'abri de la critique : car l'invalidation des dispositions les plus choquantes de certains textes peut servir de paravent au maintien d'autres dispositions dont les dangers, pour être moins évidents, n'en sont pas moins réels. On évoquait l'hypothèse de la grève à la télévision ; la remarque vaut plus encore au regard de la récente loi dite « Barre-Bonnet », officiellement destinée à prévenir l'immigration clandestine : le Conseil constitutionnel a censuré l'atteinte grossière à la liberté individuelle résultant de la possibilité de maintenir en détention les étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion, mais a laissé subsister d'autres dispositions inquiétantes par les pratiques qu'elles légitiment et les principes qu'elles enfreignent.

Finalement, ce texte, dont l'effet est de rendre plus précaire encore la situation des étrangers en aggravant le contenu d'un statut déjà bien peu conforme aux exigences élémentaires d'un Etat de droit, ressort presque indemne de son examen par le Conseil consti-

annulé des mesures de retenue sur traitement consécutives aux « grèves du 26^e élève ». Or on voit mal comment ce que le Conseil d'Etat refuse de qualifier de « grève » peut le devenir par la seule vertu d'un texte de loi ; à moins d'admettre qu'une loi peut modifier la définition de la grève telle qu'elle résulte des principes traditionnels du droit du travail.

tutionnel. Comment ne pas en éprouver quelque malaise ? Dans un domaine qui touche lui aussi de près à la liberté individuelle, puisqu'il concerne l'exécution des peines privatives de liberté, deux textes votés en 1978, dont l'un donnait une base légale aux quartiers de haute sécurité et l'autre instituait un régime de sûreté, auraient également mérité une plus grande vigilance de la part du Conseil constitutionnel. Excluant purement et simplement l'exécution des peines du champ d'application des principes fondamentaux du droit pénal, il a d'abord avalisé les pouvoirs exorbitants et sans contrôle conférés à l'administration pénitentiaire pour décider de l'affectation des détenus, notamment dans des quartiers de haute sécurité (27 juillet 1978) ; il a ensuite, au mépris du principe de l'individualisation des peines, avalisé une autre loi de circonstance dont le résultat indirect est d'allonger la durée des emprisonnements par l'application automatique ou facultative selon les cas d'un « régime de sûreté » (22 novembre 1978). Le Conseil constitutionnel n'a été ébranlé ni par l'enjeu politique évident de l'opération (qui faisait suite à une campagne de presse contre les permissions de sortie), ni par la dénonciation quasi unanime de cette « monstruosité judiciaire » (R. Badinter) par les milieux du barreau et de la magistrature.

Des coups d'épée dans l'eau. — La vigilance du Conseil constitutionnel a donc, parfois, été prise en défaut. Mais quand bien même elle ne l'a pas été, quel impact réel et concret peuvent avoir ses décisions ? La question mérite au moins d'être posée, même si elle entraîne sur un terrain où le Conseil constitutionnel n'est plus seul en cause. On ne saurait lui tenir rigueur de ce que ses décisions n'emportent que des effets limités, lorsqu'elles ne restent pas lettre morte, ni de ce que les textes censurés ne représentent qu'une larme dans l'océan au regard des inconstitutionnalités non censurées (7) ; il faut pourtant en tenir compte si l'on veut prendre la mesure exacte de la contribution de l'institution à la garantie des libertés publiques.

Le Conseil constitutionnel porte du reste une part de responsabilité dans cet état de choses. C'est le cas, par exemple, lorsque, saisi d'un texte dont il aperçoit les dangers potentiels, il pense

(7) Ce phénomène est particulièrement choquant lorsque le texte invalidé se bornait à élargir le champ d'application d'une loi antérieure qui, elle, demeure en vigueur : ainsi, la décision du 23 juillet 1975, par laquelle le Conseil constitutionnel a estimé inconstitutionnelle l'instauration d'un juge unique en matière correctionnelle dans la mesure où elle entraînait des discriminations, laisse subsister la loi du 29 décembre 1972 qui organise la même procédure pour certains délits et encourt donc les mêmes griefs.

pouvoir y parer en donnant des dispositions litigieuses une interprétation qui en minimise la portée et, partant, les dangers. Cette demi-mesure, qui consiste à « vider de son venin » le texte inermé, risque cependant de se révéler inefficace. Ainsi, dans sa décision du 20 juillet 1977, le Conseil constitutionnel, malgré tout conscient des risques d'arbitraire que comporte l'application de la règle du service fait dans sa nouvelle rédaction, prend soin de préciser que, pour justifier une retenue sur traitement, l'inexécution du service doit être suffisamment manifeste pour pouvoir être matériellement constatée sans porter d'appréciation sur le comportement de l'agent. Or, à supposer que cette mise en garde produise un effet quelconque sur ceux auxquels elle s'adresse, elle ne lève en aucune façon les principales inquiétudes que suscite le texte : elle pare à un danger qui, pour n'être pas négligeable — l'assimilation abusive des fautes individuelles commises par un agent à l'absence de service fait —, n'est pas le plus immédiat si l'on se réfère aux circonstances qui ont motivé le vote du texte : elle laisse subsister le risque d'une fixation arbitraire ou contestable du contenu des obligations de service (8) et conserve intact le pouvoir du supérieur hiérarchique de décider discrétionnairement d'opérer ou non, de façon sélective, des retenues sur traitement.

Myopie ou angélisme ? Disons que le Conseil constitutionnel fait preuve, en tout cas, d'optimisme lorsque, dans le souci louable de concilier la liberté de l'enseignement avec la liberté de conscience, il interprète l'obligation faite aux maîtres enseignant dans des établissements privés de respecter le caractère propre de ces établissements comme impliquant de leur part un devoir de réserve, et affirme simultanément que ce devoir de réserve ne porte pas atteinte à la liberté de conscience. L'absence de définition précise de ce que recouvre le « caractère propre », d'une part, l'adhésion positive et active qu'il suppose à certaines valeurs ou même à certains compor-

(8) Si, dans l'affaire de la « grève du 26^e élève », les enseignants avaient évidemment conscience d'agir en marge des règlements existants, le conflit qui a opposé le recteur de l'Académie de Toulouse à des enseignants de la Faculté des Lettres à l'issue de la longue grève de 1976 montre que le risque d'arbitraire n'est nullement illusoire : en l'espèce, le recteur avait opéré des retenues sur le traitement de ces enseignants qui, tout en assurant normalement leurs tâches d'examen, avaient refusé de lui communiquer les sujets proposés, jugeant cette procédure injustifiée, sinon même contraire aux principes qui régissent le fonctionnement de l'enseignement supérieur ; le recteur, de son côté, estimait que cette communication faisait partie de leurs obligations de service et que leur refus était assimilable à un fait de grève. Le tribunal administratif lui a donné tort, mais sans trancher le problème de principe, notant simplement que les faits reprochés n'étaient en tout état de cause pas constitutifs de faits de grève.

tements, eomme l'expérience l'a montré (9), d'autre part, laissent sceptique sur la compatibilité réelle du devoir de réserve avec la liberté de conscience.

La technique de l'invalidation partielle apparaît-elle aussi comme une de ces demi-mesures dont la portée pourrait bien, à l'usage, se révéler illusoire. Dans l'affaire de la grève à la télévision, elle a pour résultat de transformer un texte clair, ouvertement restrictif du droit de grève, en un texte obscur et ambigu : si obscur et si ambigu qu'on peut se demander s'il ne laisse pas la porte ouverte à des pratiques que l'amputation opérée par le Conseil constitutionnel visait précisément à proscrire. Il ressort de la rédaction finale du texte que les présidents des sociétés de programmes peuvent, si les personnels sont en nombre insuffisant — mais insuffisant au regard de quel critère ? —, requérir ceux des agents qui devront rester en fonction pour assurer la continuité des éléments du service — de quels éléments s'agit-il et comment s'apprécie leur continuité (10) ? La phrase, à vrai dire, n'a plus grand sens : mieux eût valu, tant du point de vue de la syntaxe que du droit, l'invalider en entier ; le Conseil constitutionnel ne l'a pas voulu.

Mais le problème de l'effectivité des décisions du Conseil constitutionnel, de leur impact sur le plan pratique et sur le droit positif, doit aussi être posé en termes plus généraux, qui mettent en cause, au-delà de l'institution, l'ensemble du système de contrôle de constitutionnalité. Qui oserait affirmer aujourd'hui, malgré la décision du 9 janvier 1980, qu'aucun étranger ne sera plus interné en France par ordre des autorités de police, ou, simplement, que si de telles pratiques ont lieu, il se trouvera nécessairement un juge pour dire qu'elles sont inconstitutionnelles et les sanctionner ? L'exemple des fouilles de véhicules, auxquelles la police a continué à procéder après comme avant la décision du Conseil, montre assez combien ses déclarations d'inconstitutionnalité peuvent rester lettre morte. En l'espèce, le plus troublant n'est pas la persistance de pratiques

(9) On se souvient de l'affaire opposant une enseignante à l'établissement catholique qui l'employait et l'avait licenciée lorsqu'elle s'était remariée après avoir divorcé. Un premier arrêt de la Chambre mixte avait estimé que le licenciement était contraire au principe de la liberté de conscience ; l'assemblée plénière de la Cour de cassation a finalement opté pour la solution inverse dans un arrêt du 19 mai 1978. Que reste-t-il de la liberté de conscience dans une telle hypothèse ?

(10) Voici le texte de l'article avec, entre crochets, les amputations opérées par le Conseil constitutionnel : « Lorsque les personnels... sont en nombre insuffisant [pour assurer le service normal], le Président de chaque société peut, si la situation l'exige, requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonction pour assurer la continuité des éléments du service [nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1^{er} et 10]. »

paralégales ou illégales, mais l'aval qu'elles ont reçu de la part des juridictions judiciaires qui, sans prendre formellement le contre-pied de la position du Conseil constitutionnel, mais en en méconnaissant l'esprit, ont, par une interprétation extensive des textes en vigueur, ressuscité en fait, au profit des autorités de police, les pouvoirs qu'il leur avait refusés comme étant excessifs (11). Dans un contexte juridique différent, il faut rappeler aussi que la fameuse petite phrase contenue dans la décision du 28 novembre 1973, laissant entendre que la détermination des infractions correctionnelles assorties de peines privatives de liberté relève de la compétence du législateur, n'a amené aucun changement, ni dans l'attitude du Gouvernement, s'appuyant en l'occurrence sur un avis du Conseil d'Etat, ni dans l'attitude des juridictions pénales : s'interdisant d'apprécier la constitutionnalité des lois, elles continuent à appliquer les « règlements légalement pris » et à punir des peines prévues par la loi, y compris de peines d'emprisonnement, ceux qui y contreviennent. Ces incohérences, même si elles ne sont telles que pour le sens commun puisqu'il est aisé d'en montrer la « logique » juridique sous-jacente, font planer un doute sur l'efficacité du contrôle de la constitutionnalité des lois dans sa forme actuelle, à tout le moins au regard de cet objectif précis qu'est la protection des libertés publiques.

Tenu en suspicion par les uns, que ses pouvoirs inquiètent, encensé par les autres, que sa vigilance réjouit, le Conseil constitutionnel ne mérite finalement ni cette indignité, ni cet excès d'honneur. Son véritable rôle — et son principal mérite — ne serait-il pas, plus simplement, d'attester que la loi, elle aussi, peut être oppressive ?

(11) Dans l'affaire Trignol, le Trib. corr. de Paris, la cour d'appel de Paris et la chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt du 8 novembre 1979) ont successivement reconnu la légalité des fouilles de véhicules opérées dans le cadre d'investigations de police judiciaire dans le but de rechercher les auteurs de crimes et délits flagrants en s'appuyant à la fois sur les art. 53 et s. du CPP et sur l'art. L. 4 du Code de la route qui permet certaines vérifications relatives aux véhicules. L'application de ces dispositions interprétées extensivement aboutit à rétablir, sur d'autres bases juridiques, les pouvoirs étendus et imprécis que le Conseil constitutionnel avait censurés, puisqu'il se commet à chaque instant, en un point quelconque du territoire national, un crime ou délit flagrant rendant légitime la fouille des véhicules.

D. LOCHAK. — Constitutional Council : protector of Liberty ?

Since 1971 there is rather large consensus which considers the Constitutional Council as the vigilant and efficient protector of civil liberties. The author proposes a more sophisticated reading of the case law of the Constitutional Council focusing on the impression of legal vagueness and political ambiguity which emerge. The legal vagueness is explained by the fugitive and elusive nature of the principles relied on by the Constitutional Council as the grounds for its decisions and results in an often flimsy argumentation closer to begging the question than to deductive logic. The ambiguity comes from the contradictory objectives which are being pursued by a case law which is sometimes audacious and sometimes cautious. Analysis of the more significant decisions of the Constitutional Council shows that its vigilance has sometimes been lacking and legislation jeopardizing civil liberties has escaped its censorship. Finally the limited impact of its decisions although not being directly the fault of the Council, creates a certain doubt as to the effectiveness of the control exercised by the Constitutional Council over the protection of liberties.

RÉSUMÉ. — Depuis 1971, on constate un assez large accord pour considérer le Conseil constitutionnel comme le défenseur vigilant et efficace des libertés publiques. L'auteur propose une lecture plus nuancée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mettant en lumière l'impression de flou juridique et d'ambiguïté politique qui s'en dégage. Le flou juridique s'explique par le caractère fuyant, insaisissable des principes invoqués par le Conseil constitutionnel à l'appui de ses décisions, et se manifeste dans la fragilité fréquente de l'argumentation, plus proche de la pétition de principe que de la déduction syllogistique. L'ambiguïté tient aux visées contradictoires que poursuit une politique jurisprudentielle tour à tour audacieuse et prudente : l'analyse des principales décisions du Conseil constitutionnel montre que sa vigilance a souvent été prise en défaut et que des textes dangereux pour les libertés publiques ont échappé à sa censure. Enfin, l'impact limité de ses décisions, même s'il ne lui est pas directement imputable, laisse planer un doute sur l'efficacité réelle du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel au regard de la protection des libertés.