



**HAL**  
open science

## Le conseil constitutionnel opère-t-il des revirements de jurisprudence ?

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. Le conseil constitutionnel opère-t-il des revirements de jurisprudence ?. B Matthieu et M. Verpeaux. L'autorité des décisions du conseil constitutionnel, Dalloz, pp. 89-98 et 107-113, 2010, Les cahiers constitutionnels de Paris 1. halshs-00573287

**HAL Id: halshs-00573287**

**<https://shs.hal.science/halshs-00573287v1>**

Submitted on 3 Mar 2011

**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.

# 1 Le Conseil constitutionnel opère-t-il des revirements de jurisprudence ?

1 Eric MILLARD

1 Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre-La Défense

Je voudrais commencer par remercier mes collègues de Paris I de m'avoir proposé de traiter ce sujet ainsi que le Conseil constitutionnel, évidemment, pour son accueil. Je remercie également les « jeunes pousses » qui ont fait des présentations aussi remarquables dans leur diversité que dans leur érudition, présentations beaucoup plus savantes sans doute que celle que je vais faire maintenant.<sup>1</sup>

Pour répondre à la question soulevée par Michel VERPEAUX en introduction à cette journée d'études, je ne parlerai pas de la question prioritaire de constitutionnalité. Je vais essayer de m'attacher au sujet tel qu'il m'a été (pro)posé : le Conseil constitutionnel opère-t-il des revirements de jurisprudence ?

En vérité, quand Michel VERPEAUX m'a posé cette question, ma première réaction a été de répondre que c'était évidemment le cas. Le Conseil semble en effet changer régulièrement ses positions. Bon nombre d'auteurs estiment qu'il existe effectivement des revirements de jurisprudence et en donnent quelques exemples, comme la décision de 1993 sur le droit d'asile. Dans le même sens, force est de constater que personne ne peut empêcher le Conseil constitutionnel de procéder à de tels revirements. La seule manière serait de changer les dispositions de la Constitution elles-mêmes, pour y introduire une interdiction des revirements – à vrai dire comme on le verra, pour introduire la notion de « précédent » -, dispositions que par ailleurs le Conseil constitutionnel continuerait à interpréter... ; ou bien de supprimer l'institution, ce qui serait un autre problème.

Je me serai volontiers arrêté là mais, comme le disait Michel VERPEAUX, si l'intitulé de la contribution est posé sous la forme d'une question, c'est que celle-ci n'est peut-être pas aussi simple qu'il n'y paraît. J'ai donc essayé de ne pas me satisfaire de cette première position et de chercher des idées qui pourraient permettre d'aller au-delà, c'est-à-dire des idées qui, contre l'évidence, montreraient que le Conseil, en réalité, n'opère pas de revirements de jurisprudence (qu'il ne le fait pas, ou qu'il ne le peut pas, ou encore qu'il n'y est pas fondé).

a) Mon premier argument a déjà été évoqué dans les contributions précédentes. J'irai donc assez vite. Il s'agit de l'argument textuel tiré du dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution, aux termes duquel « *les décisions du Conseil s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Or, le Conseil constitutionnel étant indiscutablement une de ces autorités, la question deviendrait ainsi : est-ce que les décisions

---

1 La forme orale de l'exposé, par manque de temps, a été conservée, ce qui explique sans les excuser les imprécisions et les analyses rapides.

du Conseil constitutionnel s'imposent à lui-même ? Si tel était le cas, il ne pourrait faire de revirements de jurisprudence. Cela suppose une analyse de ce que l'on entend par la phrase : « ces décisions s'imposent (...) aux autorités ».

En un sens – c'est l'interprétation la plus classique – cela concerne le respect de la chose décidée, jugée, éventuellement interprétée, même si je partage assez les critiques adressées à ce dernier concept par Otto PFERSMANN. Ceci veut dire que « respecter », c'est ne pas désobéir à une décision donnée. En un second sens, il pourrait s'agir de considérer que « respecter » signifierait reproduire dans tous les cas semblables qui adviendraient dans le futur le même raisonnement avec les mêmes motifs et les mêmes outils de travail. C'est évidemment en ce second sens qu'il faudrait réfléchir. Si l'on interprétait cet alinéa en ce sens là, cela voudrait-il dire que l'on peut répondre négativement à la question de savoir si le Conseil effectue des revirements de jurisprudence (plus exactement : y est-il autorisé)?

En réalité, de ce point de vue, la question se résout soit dans un paradoxe assez difficile, soit dans une confusion. Paradoxe : si le Conseil constitutionnel a effectivement le pouvoir (en interprétant l'article 62 en ce sens) de décider s'il est ou non lié par ces décisions, a-t-il le pouvoir de se défaire de son pouvoir de décider ? Toutes choses égales par ailleurs, c'est la question de l'omnipotence de Dieu : est-il suffisamment puissant pour créer une pierre qu'il ne pourrait pas lui-même soulever ? Je crois que nous tomberions dans des questions insolubles. Confusion : si nous disons que le Conseil constitutionnel est amené (par son interprétation de l'article 62) à respecter ses décisions et à les reproduire dans tel ou tel cas, ce n'est pas de jurisprudence dont nous parlons. C'est de ce qui a été déjà évoqué, c'est-à-dire, tout simplement, de « précédent ».

Certes, il existe quelques fondements textuels, en droit français, qui semblent écarter le précédent, comme l'article 5 du Code civil. Encore faudrait-il déterminer si cet article 5 s'applique au Conseil constitutionnel, question que je laisse ouverte. Par ailleurs, il y a aussi d'assez bonnes raisons de considérer que, par rapport à des questions comme la sécurité juridique, la visibilité des décisions, la garantie et l'égalité des droits, l'obligation de respecter un précédent ne serait pas nécessairement ici totalement aberrante.

Mais si je m'en tiens à cette idée : le Conseil doit respecter ses précédents, il n'opère pas de revirements de jurisprudence (je laisse de côté la question de savoir si l'obligation de respecter un précédent garantirait contre des évolutions de position du Conseil : les common lawyers savent tous qu'un juge qui ne veut pas respecter un précédent construira son argumentation afin de décider l'originalité du cas pour recouvrer sa liberté, comme en droit écrit il la dirigera pour décider de la signification du texte).

Entre une réponse positive et évidente (il effectue des revirements puisqu'il le peut, et que la doctrine constitutionnaliste le dit) et une réponse négative et intenable (il ne peut pas effectuer de revirement de jurisprudence mais on ne voit pas pour quelle raison juridique puisqu'il n'y a pas de précédent), est-il place pour autre chose ?

b) Une deuxième approche est possible : ne pas contextualiser les décisions du Conseil constitutionnel, ne pas s'en tenir au contingent, et tenter de voir, de façon analytique, ce qu'implique un revirement de jurisprudence ; ce qu'implique certaines fonctions qui sont celles des cours constitutionnelles, pour voir si, en tant que cour constitutionnelle, il est possible au Conseil d'opérer un revirement de jurisprudence ou de ne pas en opérer.

C'est la notion de revirement de jurisprudence qui est alors au cœur de la question. Il existerait un changement dans une chaîne de décisions du Conseil constitutionnel. Cette chaîne de décisions constituerait d'une certaine manière une sorte de norme en soi, différente des normes posées, et extérieure au Conseil, ou différente de l'autorité qui est attachée aux décisions du Conseil prises une à une.

Et ce changement serait grave. Nous nous interrogeons sur la question de savoir si le Conseil opère un revirement de jurisprudence parce que, pour la visibilité, la garantie des droits, la sécurité juridique, bref, pour toutes les fonctions que le Conseil constitutionnel est censé assurer, le revirement de jurisprudence serait quelque chose de dangereux. A partir de cette position, on peut sans doute essayer de sortir de l'intuition consistant à penser qu'il effectue évidemment des revirements puisque rien ne l'en empêche et de celle qui consiste à penser, au contraire, qu'il n'en effectue pas parce qu'il aurait la possibilité de construire un précédent.

Posé en termes de revirement jurisprudentiel, c'est-à-dire en laissant de côté l'idée du précédent, il me semble possible d'affirmer deux choses. Premièrement, nous pourrions dire que le Conseil constitutionnel n'effectue pas de revirement de jurisprudence pour la bonne et simple raison qu'il n'y a pas de « jurisprudence » du Conseil constitutionnel. Deuxièmement, malgré tout, nous pourrions dire que le Conseil constitutionnel effectue sans arrêt des changements de positions ou d'analyse parce que sa fonction implique par elle-même ce type de changements.

#### 1. Vous avez dit : jurisprudence ?

Il convient en premier lieu de s'arrêter sur ce que l'on entend par « jurisprudence », cet obscur objet du revirement.

Le droit français, l'article 5 du Code civil et la tradition manifestent une réticence à l'égard de l'arrêt de règlement ou du précédent. La jurisprudence, dans un sens qui est quelque peu différent dans notre tradition de la *Jurisprudence* anglo-saxonne et de l'utilisation par la doctrine allemande du mot *Jurisprudenz*, renvoie à une opération intellectuelle qui serait la mise au jour et en ordre de principes qui sous-tendraient une chaîne de décisions de justice donnée. C'est donc une reconstruction effectuée par quelqu'un qui n'est pas juridiquement auteur, qui n'est pas celui qui rend la décision de justice. C'est une reconstruction de la portée et de la signification juridique d'une pluralité de décisions pour en tirer une norme supposée. Si l'on retient cette approche, il en résulte plusieurs questionnements.

En premier lieu, comment arrête-t-on la chaîne de décisions retenues ? On parle assez indistinctement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sans plus de précisions, ou de celle du Conseil constitutionnel sur une question donnée, par exemple sur l'irrecevabilité ou la recevabilité des amendements dans le cadre de la procédure législative. On parle aussi de *la* jurisprudence des juridictions constitutionnelles européennes ou même de *la* jurisprudence des juridictions françaises en matière constitutionnelle, présupposant des unités se fondant dans des totalités.

On sent pourtant qu'il ne s'agit pas de la même chose, que ce n'est pas là le même objet. Mais l'on voit bien qu'il y a une prétention à dégager des principes qui sous-tendent ces différents

objets. Comment les définit-on ? Comment peut-on dire qu'ils vont ensemble ou bien qu'ils sont distincts et séparés ? Cela demeure un questionnement.

En second lieu, se pose la question du statut de cette jurisprudence ainsi entendue. Ce questionnement est très éloigné de la fonction descriptive que réclame une science du droit au sens positiviste, qui prétend simplement rendre compte de ce qui est, rendre compte seulement mais totalement de l'ensemble des décisions qui ont été rendues. La jurisprudence s'écarte beaucoup de cette conception. Il ne s'agit pas de dire ce qui est. Il s'agit de séparer le bon grain et l'ivraie, c'est-à-dire des arrêts d'espèce. Il s'agit de dégager, de donner à voir ce qui serait occulté, voire même ce qui serait inconscient chez les juges qui ont rendu la décision. Il faut donc faire apparaître ceci comme un élément explicatif ou justificatif, mais pas simplement, comme le prétend une science du droit positiviste, sous un angle descriptif. La reconstruction est une lecture partielle de l'objet, mise en évidence comme « description » d'une norme cachée (et invérifiable).

En troisième lieu, un questionnement a trait à l'auteur. Comme je le disais, l'auteur n'est pas celui qui rend la décision. Ce questionnement est un peu différent de la question que l'on a déjà vue, classique, de l'autorité de la jurisprudence, cette force persuasive. Il s'agit simplement de comprendre que, ici, la jurisprudence ne se réduit pas à la description des décisions. Elle est, en effet, une narration doctrinale de ce que signifie ou de ce que doivent signifier ses décisions. C'est pourquoi des auteurs peuvent se référer à des jurisprudences qui ne disent pas la même chose, en s'appuyant sur les mêmes arrêts. De là, également, le fait que ces narrations peuvent mêler à la fois le droit tel qu'il est dit par les cours et l'évaluation morale sur ce qui devrait être. Comme le dirait Dorkwin, il faut faire ressortir des décisions retenues *non ce qu'elles disent réellement mais ce qu'elles devraient dire si une certaine rationalité et une certaine axiologie était réellement assumées par les juges.*

Évidemment, cette narration n'est pas le monopole de la doctrine universitaire. Les cours elles-mêmes et le Conseil constitutionnel notamment se sont dotés de services ou d'outils qui, aussitôt la décision rendue, indiquent ce qu'il faut en retenir. Elles narrent à un deuxième degré ce que dit le droit. On a là deux sens : la jurisprudence de l'observateur extérieur qui lit les décisions du Conseil constitutionnel, les interprète et les systématise selon ses propres arguments, et la jurisprudence que le Conseil constitutionnel lui-même propose de ses propres décisions. Ces deux choses ne sont évidemment pas tout à fait les mêmes. Il faudrait examiner plus précisément comment et pourquoi il existe ce désir des cours de mieux faire connaître ce qu'elles font ou, si l'on préfère, de mieux contrôler ce que l'on dit qu'elles font ; s'interroger sur la différence des jurisprudences comme des autorités d'inspiration concurrente.

Il demeure que ces deux discours, celui de la cour, mais pas sous forme décisive, et celui de la doctrine universitaire, n'émanent en rien d'une doctrine authentique. Le Conseil n'est pas davantage autorité authentique quand il dit ce qu'il a décidé. C'est donc un méta discours, une reconstruction des décisions authentiques, et rien de plus, rien d'autre.

De ce point de vue, que serait le revirement de jurisprudence ? Ce serait d'abord, éventuellement, une reconstruction narrative. Il s'agit de mettre en évidence une modification des principes qui sous tendent la chaîne de décisions, soit parce qu'une nouvelle décision vient rendre intenable la narration précédente, soit parce que l'on ne veut ou que l'on ne peut se résoudre à traiter cette nouvelle décision comme un arrêt d'espèce et que l'on est obligé de voir que c'est la position prise par la juridiction.

Au besoin, le revirement de jurisprudence peut aussi signifier un point de départ pour oser une nouvelle narration, pour tenter une nouvelle justification. C'est un point de départ qui est justifié ou non. On se fonde sur le fait qu'il y a une nouvelle décision, ou bien l'on va interpréter cette nouvelle décision comme étant différente des autres pour pouvoir poser cette nouvelle narration.

Le revirement de jurisprudence ne signifierait rien de plus, du point de vue du droit positif, et en droit positif, que le fait qu'une nouvelle décision est intervenue, différente des précédentes, au même titre que les autres, que toutes les autres. Du point de vue de ce qui se passe en droit positif, un éventuel revirement de jurisprudence veut simplement dire qu'une nouvelle décision est intervenue avec sa propre motivation : une simple nouvelle autorité de chose décidée limitée à cette nouvelle décision.

Dans cette optique, le Conseil constitutionnel ne pourrait pas opérer de revirement de jurisprudence comme autorité authentique puisque, en tant que tel, il n'est ni l'auteur ni le narrateur d'une jurisprudence ; il est juge, auteur de décisions.

Une deuxième question, que je n'ai pas pu évoquer mais qui est à mon avis beaucoup plus intéressante, est de comprendre les revirements de jurisprudence comme des revirements de narration dans la manière qu'a le Conseil constitutionnel de parler de ses propres décisions.

Cependant, même s'il n'y a pas de revirements de jurisprudence parce qu'il n'y a pas de jurisprudence, il y a bel et bien du *mouvement* car changer fait partie, me semble-t-il, de l'essence des fonctions d'une cour constitutionnelle.

## 2. La nécessité de changement

Pour simplifier, partons de la séparation qu'H.L.A. Hart propose entre les cas faciles et les cas difficiles. Il est difficile de dire ce qu'est un cas facile mais il est peut-être plus facile de dire ce qu'est un cas difficile. Nous imaginons la plupart du temps qu'un cas est difficile quand surgissent certaines questions qui nous semblent éloigner le juge d'une simple application de ce qu'il faisait auparavant, d'une application claire d'une norme claire.

On pourrait retenir trois exemples. Il y a évidemment la question de l'interprétation de l'énoncé. C'est un cas difficile, en tous cas dans certaines hypothèses. Il y a également la question de la valeur normative de l'énoncé : qu'est-ce que la norme constitutionnelle ? Cas difficile également. Il y a enfin la situation, assez fréquente, des conflits entre principes constitutionnels.

Je précise tout de suite que je ne me fonderai pas ici sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce que je cherche à faire n'est pas du tout de décrire ce que fait le Conseil mais de montrer que, d'un point de vue analytique, chaque cour constitutionnelle qui rencontre les questions qui se posent au Conseil a affaire à ces cas difficiles. Il est possible que ces problèmes ne se posent pas au Conseil constitutionnel parce que celui-ci n'est pas, ou n'est plus une cour constitutionnelle mais un organe d'une autre nature, dans la procédure législative. Je n'ai pas ici à trancher. Mais si le Conseil constitutionnel est une cour

constitutionnelle, alors il rencontre ces questions. Par ailleurs mes exemples ne font pas nécessairement référence à des positions retenues ou examinées par le Conseil ; ils n'ont de valeur que du point de vue analytique et didactique, sans prétention à une vérification empirique.

a) Sur la question de l'interprétation, je renvoie simplement à ce qui a été dit, en précisant qu'on peut soutenir en premier lieu que les énoncés qu'applique le Conseil constitutionnel, et ceux qu'il contrôle, sont des énoncés clairs, dotés d'un et un seul sens, et que l'interprétation est une pure activité scientifique de connaissance.

C'est un peu ce que le Conseil prétend au moyen de l'exigence de clarté de la loi, ou en mobilisant la technique des réserves d'interprétation (encore qu'on pourrait s'en servir pour soutenir une thèse contraire). C'est encore ce que prétendent aux Etats-Unis les tenants de l'interprétation textuelle. En ce sens alors, un changement dans la signification retenue des textes qu'applique le Conseil constitutionnel n'est pas un changement. Si une seule signification est vraie, et qu'il est possible de déterminer quelle signification est vraie, alors tout changement suppose que la nouvelle signification est fautive, ou que l'ancienne était fautive, voire que les deux le sont. Il n'y a pas changement de jurisprudence au sens où les deux jurisprudences liées par ce changement seraient d'un statut équivalent. Or si le conseil change son interprétation de la signification d'un énoncé, il n'y a évidemment aucun moyen d'invalider - c'est-à-dire d'attribuer un statut différent à - sinon l'interprétation (il y a des moyens indirects pour l'avenir, dans le rapport de force avec le constituant par exemple qui peut changer l'énoncé pour l'avenir, selon une procédure valide), du moins la décision à laquelle cette interprétation fautive a conduit.

On peut soutenir à l'inverse en second lieu que l'interprétation authentique n'est pas l'interprétation scientifique, de manière modérée (Hans Kelsen) ou radicale (Michel Troper). Alors par essence, le changement d'interprétation fait partie de la fonction du Conseil constitutionnel, et il peut être lié à des raisons variées (changement de circonstances, changements de compositions, évolution du débat, évaluation des résultats, etc.).

b) Sur la question de la valeur normative de l'énoncé, deux positions semblent possibles. On peut présupposer dès le départ que la Constitution est un ensemble d'énoncés donnés *a priori*, donc fixes et invariables. Par définition, cela exclut les principes non écrits, car cela exclut que l'on puisse accorder une valeur constitutionnelle à des principes qui ne sont pas dans le corpus d'énoncés définis *a priori*, etc.

En ce sens, chaque fois qu'une cour constitutionnelle étend les énoncés auxquels elle se réfère et auxquels elle considère qu'elle doit se référer, pour vérifier notamment la constitutionnalité d'un texte dérivé, la cour change ; elle opère un revirement sur la norme de référence, et si l'on considère que le corpus des énoncés constitutionnels a été donné *a priori* par une autre autorité, légitime (le constituant), nous devrions considérer que ce changement de jurisprudence est illégitime, qu'il s'agit là d'un abus de pouvoir.

Est-ce que nous considérons que c'est ce que fait le Conseil constitutionnel ? Certes non, en général. Nous admettons de fait, sinon en assumant toujours l'arrière plan théorique, qui a un peu à voir avec une conception réaliste empirique du droit, que l'organe de contrôle de constitutionnalité crée, à l'occasion de ce contrôle, la norme constitutionnelle. Et cette création n'est pas une et définitive. Quelle était la norme constitutionnelle *a priori*, par exemple dans la décision de 1971 ? Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République sont la simple démonstration qu'il y a bien des revirements. Et généralement,

nous sommes assez satisfaits de ce type de revirement-là, avec ces effets-là. Ce que nous reprochons parfois au Conseil constitutionnel n'est certes pas d'avoir étendu la possibilité de contrôler le législateur en intégrant un certain nombre de valeurs qui sont notamment constitutives des droits de l'Homme.

Je veux simplement dire ici que, dans la pratique classique des cours constitutionnelles, cette question de ce que sont les normes constitutionnelles se pose et qu'elle peut entraîner un revirement dans la construction. Évidemment, la position inverse peut-être toujours retenue, qui considère que seule la Constitution strictement entendue et donnée *a priori* à valeur constitutionnelle, que la cour constitutionnelle ne peut pas étendre ces énoncés de référence, donc que la décision de 1971, par exemple, constituerait un excès de pouvoir. Mais outre qu'affirmer cette conception, qui est une doctrine politique et non une théorie scientifique, en ce qu'elle ne permet pas de rendre compte de la pratique du Conseil constitutionnel, revient à ne pouvoir rien dire du droit constitutionnel français depuis 40 ans, ce qui lui octroie au mieux un statut de pétition de principe, posons-nous simplement la question de savoir ce qu'était la Constitution en 1958, de laquelle le Conseil n'aurait pas dû s'éloigner ? Je crois que nous aurions une réponse pragmatique sur ce qui se joue autour de cette question, et que nous comprendrions qu'une doctrine de la norme constitutionnelle *a priori* est non seulement une doctrine purement politique, mais que de plus cette doctrine politique est, au moins dans ce contexte de mobilisation, au sens premier du terme, conservatrice sinon réactionnaire.

c) Point plus important à mes yeux : le conflit entre principes constitutionnels. Les principes (constitutionnels) peuvent se distinguer des règles (constitutionnelles) par plusieurs éléments.

Ils sont, nous dit-on, plus vagues, donc susceptibles d'être moins facilement appréhendés. Lorsque l'on regarde certaines règles, il n'est pourtant pas évident que les principes soient plus vagues et cet argument n'est sans doute pas essentiel.

Les principes constitutionnels sont de plus inapplicables directement : ils doivent être concrétisés par une autre norme, qui est une règle. Une règle, en revanche, prévoit les moyens de sa propre application directe (outre qu'elle permet, éventuellement, l'application d'un principe : on dit qu'elle le met en œuvre). Cela fait écho à l'activité des cours constitutionnelles puisque il revient au législateur de concrétiser sous le contrôle de ces cours, les principes constitutionnels dans des règles législatives.

On nous dit également que les principes sont souvent défectibles, dans le sens où ils ne fixent pas *a priori*, de façon complète et exhaustive, les champs ou domaines dans lesquels ils s'appliquent et les champs et domaines desquels ils sont exclus. C'est au contraire dans la concrétisation qu'il va s'agir de définir si le principe a vocation ou non à s'appliquer.

Il revient bien au législateur de concrétiser un ou plusieurs principes constitutionnels dans la loi, et cette concrétisation est souvent cause de conflits entre principes. La loi propose donc aussi une solution à ces conflits. Lorsque le Conseil constitutionnel ou une cour constitutionnelle doit juger de la loi, il ou elle juge en réalité du conflit entre principes qui ont égale valeur hiérarchique – ce sont des principes constitutionnels –, qui sont tout aussi généraux l'un que l'autre, et qui par ailleurs, généralement, ont été édictés ou conçus à la même époque, de sorte que la prétendue méta norme de résolution des antinomies fondée sur la primauté de la norme récente ne sera pas d'un plus grand secours que celles tirées d'une hiérarchie *a priori* entre elles (que celle-ci soit structurelle, matérielle ou logique) ou d'une dérogation des normes spéciales par rapport aux normes générales.

Prenons un simple exemple. Imaginons une loi qui instaurerait dans les aéroports un contrôle des bagages. Elle concrétiserait le principe du droit à la sûreté mais pourrait heurter le principe du droit à la vie privée, ou de la liberté individuelle. On dit souvent que la mission des cours constitutionnelles est de *concilier* ces principes. Il s'agirait pour elles de vérifier que la loi a permis une conciliation, qu'elle a opéré une conciliation. Ce que cela signifie ne me paraît pas très clair. Il semble que l'on évoque ainsi le fait que la loi permettrait de respecter à la fois deux principes dont on dit par ailleurs, parce qu'ils sont en conflit, qu'ils ne peuvent pas être respectés en même temps. Je préfère dire, avec d'autres, que la cour constitutionnelle doit *hiérarchiser* ces principes.

Reprenons mon exemple : si l'on m'oblige, pour des raisons de sûreté, à ouvrir, publiquement ou non, mes bagages pour qu'ils soient contrôlés, le principe de la sûreté aura évidemment été concrétisé. En revanche, il est difficile de penser que ma liberté individuelle, mon droit à la vie privée ou mon droit à la dignité ont aussi été respectés ! En réalité, on a seulement pensé que, dans cette hypothèse, des données autorisent à faire prévaloir le principe de la sûreté sur le principe de la liberté individuelle, qui ici s'effacera. Finalement, on aura fait un choix politique ou moral, et on en aura tiré les conséquences sur le plan juridique. On a *construit* une hiérarchie *axiologique* des normes.

Il est intéressant de voir que cette hiérarchie ne vaut que pour le cas envisagé. Prenons une autre hypothèse, par exemple celle de la mise sur le marché automobile de voitures extrêmement puissantes qui dépassent les limitations de vitesse prévues par la loi. Nous pourrions dans ce nouveau cas retrouver les deux mêmes principes constitutionnels : celui du droit à la sûreté, celui de la liberté individuelle.

On pourrait soutenir que, dans ce second cas, le droit à la sûreté des enfants qui jouent au ballon au bord de la route, celui des piétons qui traversent la route, etc. peut prévaloir sur le droit à la liberté individuelle de choisir un véhicule qui corresponde aux désirs et aux moyens du consommateur. Mais l'on ne fera pas nécessairement ce choix. On pourrait tout à fait décider également que, dans cette hypothèse précise, le principe de la liberté individuelle doit prévaloir sur le principe du droit à la sûreté (et c'est bien ce qui se passe souvent en pratique, pratique qu'il n'est pas nécessaire ici de commenter). On ne peut pourtant pas dire les deux en même temps, on ne peut pas refuser de choisir, et il faut, pour décider de la constitutionnalité de la loi qui aura pris une position donnée, décider du principe qui prévaut dans le cas.

Ainsi, non seulement, lorsque l'on traite des conflits entre principes, il s'agit d'établir une hiérarchie *axiologique* entre eux, mais encore, par définition, cette hiérarchie est *mobile* : elle change selon les cas. Autrement dit, il n'y a en la matière, dont on reconnaîtra qu'elle est au cœur de la fonction des cours constitutionnelles, et des cas difficiles devant les cours constitutionnelles, que des cas d'espèces qui appellent un jugement limité au cas.

Le « revirement » si on veut l'appeler ainsi au moins en ce qu'il s'agit d'une pondération différente entre principes constitutionnels concurrents est donc dans la fonction même des cours constitutionnelles, dans la mesure où une grande partie de cette fonction consiste à faire coexister des choix politiques portant sur des principes qui ont une égale valeur, c'est-à-dire d'établir une hiérarchie pragmatique.

Ainsi, si le Conseil constitutionnel ne peut pas effectuer de revirement de jurisprudence parce qu'il n'a pas de jurisprudence, il est contraint, de par sa fonction, à constamment ajuster et modifier ses interprétations, ses normes de référence et la hiérarchie qu'il établit entre elles.

Michel VERPEAUX

Merci de votre exposé. Je retiens la notion de narration et de reconstruction pour rendre compte de ce qu'est la jurisprudence.

Interventions dans les débats

## 2 Débat

Bertrand MATHIEU

Si vous le permettez, je voudrais intervenir sur les deux communications que nous venons d'entendre.

Première observation : nous devrions parler, plutôt que de hiérarchie, de prévalence entre les principes constitutionnels. L'instrument de la proportionnalité conduit en tous cas à un raisonnement du Conseil constitutionnel selon lequel on ne peut jamais écarter totalement l'un des deux principes en cause. Prenons, par exemple, la question de l'IVG. On pourrait considérer que l'on met de côté le principe de la protection de la vie de l'embryon, puisque l'on fait prévaloir la liberté de la mère. Pourtant, il n'en est rien. En effet, que dit le Conseil ? Qu'il existe un équilibre, construit par le législateur, qui tend à faire prévaloir, pendant un certain nombre de mois, la liberté personnelle de la mère sur la vie de l'embryon avant de faire prévaloir la protection de la vie de l'embryon sur la liberté de la mère. On peut toujours trouver des exemples dans lesquels on peut estimer qu'il y a une disproportion dans la prise en compte des principes dans un sens ou dans l'autre. Mais le Conseil constitutionnel pose la règle selon laquelle le législateur ne doit jamais avoir totalement ignoré l'un des principes en cause.

Ma deuxième observation concerne la notion de changement de circonstances de fait. Je suis tout à fait d'accord avec les analyses de Dominique ROUSSEAU sur les incidences de la prise en compte des circonstances de fait dans les relations entre les juridictions. Cependant, j'étais hostile à ce que l'on prenne en compte les changements de circonstances de fait pour des raisons tenant aux relations entre le juge et le législateur. En effet, lorsque le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori* qu'il opère, prend en compte le changement de circonstances de fait, il juge l'intervention du législateur. La question qu'il se pose est la suivante : le législateur a décidé d'intervenir mais, est-ce que, au regard du moment de son intervention et du contexte dans lequel il intervient, son intervention est conforme à la Constitution ? Or, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, au contraire, le législateur *n'est pas* intervenu. Le législateur a pu décider de ne pas adapter le droit à la réalité. Je trouve assez curieux de considérer que la loi doit toujours s'adapter à l'état des mœurs et des situations ! On observe par exemple une hausse de la consommation du cannabis. Que faire ? Deux solutions politiques existent : renforcer la répression ou autoriser la consommation. Mais il n'y a aucun automatisme qui présiderait au choix, éminemment politique, entre l'une ou l'autre voie. Si le changement de circonstances de fait était admis et si le législateur décidait de ne pas intervenir, nous nous trouverions dans la situation étrange dans laquelle le juge constitutionnel reprocherait au législateur de ne pas avoir décidé d'adapter la loi à l'évolution des mœurs !

Cette question dérive en réalité d'une autre question, plus générale, tout à fait fondamentale, qui est celle du rôle du juge et du législateur.

Eric MILLARD

Je voudrais faire deux remarques en réponse à celles que vient de m'adresser Bertrand MATHIEU. En premier lieu, que l'on se réfère à la théorie de la conciliation, de la pondération dans toutes ses versions ou encore à la théorie de la hiérarchie axiologique mobile, peu importe. Dans tous les cas, le résultat est que l'on observe la mobilité de la conciliation effectuée, appelons là ainsi (le Conseil constitutionnel en 2001 parlait lui d'équilibre, ce qui est somme toute ne change rien au problème), et qu'il faut rendre compte de cette mobilité, ce que justement la théorie de la conciliation me paraît inapte à faire. En ce sens je préfère mobiliser une théorie de la hiérarchie axiologique mobile, qui appréhende directement ce point et je renvoie pour plus de détails aux travaux de Riccardo GUASTINI dont les analyses grâce aux traductions très fines de Véronique CHAMPEIL-DESPLATS sont désormais parfaitement accessibles.

En second lieu, il faut, sur la question de la conciliation des principes constitutionnels, distinguer deux modes de temporalité : le mode synchronique et le mode diachronique.

Dans l'exemple de l'IVG qui est évoqué, il me paraît difficile de dire que, si la mère se voit reconnaître le droit d'avorter, l'embryon se verrait reconnaître, *dans le même temps*, le droit de vivre. Il y a là une contradiction synchronique évidente. Il n'y a pas de conciliation synchronique des principes possible, et c'est pour ça que synchroniquement, donc à un moment  $t$  de décision (par exemple janvier 1975), pour une relation entre des principes  $x$  (*principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie*) et  $y$  (*liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse*) dans une situations  $s$  (*la grossesse de la femme dans ses 10 premières semaines*), une hiérarchie est établie entre  $x$  et  $y$  sur un fondement purement d'évaluation politico-morale (axiologique), qui fait prévaloir  $y$  sur  $x$ .

En revanche, d'un point de vue diachronique, ce à quoi se réfère la théorie de la conciliation s'opère :  $x$  n'est pas déclaré invalide (mais simplement subordonné dans le cas) et à un autre moment  $tI$ , pour une autre situation  $sI$  (voire pour la même situation  $s$ ), une autre hiérarchie peut être construite sur le fondement d'une nouvelle évaluation politico-morale.

C'est même le cas au même moment  $t$  pour une situation  $sI$  différente de  $s$  qui est : la grossesse de la femme au-delà des 10 premières semaines de grossesse pour laquelle  $x$  prime sur  $y$ . L'allongement de la période à 12 semaines montre également cette mobilité au moment  $tI$  (juin 2001), puisque les semaines 11 et 12 étaient au moment  $t$  considérée comme relevant de  $sI$  où  $x$  prime sur  $y$  alors que désormais elles sont au moment  $tI$  régies par la situation  $s$  élargie, où  $y$  prime sur  $x$ .

Bertrand MATHIEU

Dans sa décision, le juge prend toute la situation en considération, de façon globale.

Eric MILLARD

C'est ce que déclare le juge mais ce que met en avant l'analyse, c'est que le juge distingue. Il pose les problèmes les uns après les autres et construit des hiérarchies en fonction des problèmes qui sont posés, et pour les problèmes qui lui sont posés.

Bertrand MATHIEU

Certes mais la décision est prise en tenant compte de l'ensemble, non en distinguant les deux situations.

Eric MILLARD

Il y a, d'un côté, ce que le Conseil constitutionnel dit dans des décisions, qui sont des normes, ou des justifications mais non des causes ou des motifs et, de l'autre, l'analyse que nous pouvons faire de ces décisions. Si nous envisagions que le Conseil constitutionnel dise un jour que la Terre est plate, nous dirions qu'il y aurait alors une norme du droit positif disposant que la Terre est plate. Mais cela ne changerait rien au fait que, selon toute analyse scientifique actuellement admise, elle ne l'est pas. La théorie de la hiérarchie axiologique mobile est une théorie au sens scientifique en ce qu'elle permet de montrer ce que fait réellement le Conseil constitutionnel, et de dépasser la reproduction non critique ce qu'il dit. Je crains que la théorie de la conciliation soit au mieux une justification du Conseil constitutionnel (quand il hiérarchise des principes sur des motifs axiologiques), au pire une doctrine politique inapplicable. Je ne crois pas que la doctrine constitutionnaliste doive demeurer enfermée entre la reproduction des justifications que son objet lui donne (si l'on préfère, la reproduction de la narration que le Conseil constitutionnel propose sur sa propre activité, ou dans sa propre activité) et la pétition de principe.