

## **Commentaire d'extrait du discours prononcé par M. Edouard Balladur, le 19 novembre 1993, devant le Congrès**

Théoricien de la pyramide des normes et fondateur de l'école normativiste, Hans Kelsen, dit : « Dans la dynamique juridique toute application du droit est création du droit »<sup>1</sup>. Toutefois, Édouard Balladur, Premier ministre lors du quinquennat de Mitterrand, soutient à l'occasion du colloque sur « l'État de droit au quotidien » que le Conseil constitutionnel « ne saurait s'ériger ni en législateur ni en constituant ».

S'inscrivant dans la période de cohabitation, ce discours prononcé le 19 novembre 1993 devant le Congrès critique la décision historique du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 qui érige le Conseil constitutionnel en gardien des droits et des libertés fondamentaux. En s'appuyant sur le Préambule de la Constitution, et sur les textes auxquels il renvoie, le Conseil constitutionnel s'octroie par cette décision le pouvoir de ne pas limiter son contrôle de constitutionnalité à la régularité externe de la loi contestée, mais de l'élargir à celle interne.

Plus concrètement, ce discours est une réponse du Premier ministre à la censure du Conseil Constitutionnel d'une loi relative aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France dite « loi Pasqua ». En affirmant que le contrôle de constitutionnalité des lois au regard du préambule de la Constitution de 1958 opéré par le Conseil constitutionnel depuis 1971 est illégitime, Edouard Balladur invite le Congrès à passer outre la censure de la loi Pasqua. La critique du rôle du législateur positif que s'est octroyé le Conseil constitutionnel qui ressort du discours s'inscrit dans la tradition républicaine qui prône la suprématie du pouvoir législatif. Dans la conception d'Édouard Balladur le Conseil constitutionnel est moins le gardien des libertés et des droits fondamentaux garantis par la Constitution que l'arbitre des conflits des compétences entre les organes de l'État.

En réponse à ce discours, Robert Badinter, président du Conseil constitutionnel à l'époque, estima nécessaire d'user d'une démarche exceptionnelle en publiant une tribune dans *Le Monde* intitulée, selon le choix de la rédaction du journal, « le pouvoir et le contre-pouvoir »<sup>2</sup>. Cette référence implicite à Montesquieu pouvait en effet laisser penser à un affrontement de pouvoirs alors que précisément l'intervention juridique du Conseil était à juste titre présentée comme d'une

---

1 S. Baumont, « 19 novembre 1993 : la révolution manquée d'Édouard Balladur », in M. Hecquard-Théron, J. Krynen (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit : Tome 1 : Bilans et Tome 2 : Réformes-Révolutions*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, Travaux de l'IFR, 13 mars 2018, p. 591-600, en ligne <http://books.openedition.org/putc/1609> (consulté le 18 avril 2023), DOI:10.4000/books.putc.1609

2 Anonyme, « Alors qu'Édouard Balladur annonce un programme gouvernemental de cinq ans Robert Badinter défend le rôle du Conseil constitutionnel POINT DE VUE Le pouvoir et le contre-pouvoir », *Le Monde.fr*, 23 novembre 1993, en ligne [https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/11/23/alors-qu-edouard-balladur-annonce-un-programme-gouvernemental-de-cinq-ans-robert-badinter-defend-le-role-du-conseil-constitutionnel-point-de-vue-le-pouvoir-et-le-contre-pouvoir\\_3975803\\_1819218.html](https://www.lemonde.fr/archives/article/1993/11/23/alors-qu-edouard-balladur-annonce-un-programme-gouvernemental-de-cinq-ans-robert-badinter-defend-le-role-du-conseil-constitutionnel-point-de-vue-le-pouvoir-et-le-contre-pouvoir_3975803_1819218.html) (consulté le 27 avril 2023).

autre nature que celle, politique, du pouvoir constituant. Selon lui, « l'impatience qui saisit toute majorité politique face au juge constitutionnel est celle de tout pouvoir face à un contre-pouvoir ».

Conformément aux vœux du Premier ministre, une loi constitutionnelle « relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile » a été adoptée par le Parlement et celle-ci prévoit une exception à l'application d'une disposition selon laquelle les autorités de demande d'asile ont la faculté – et non plus l'obligation résultante de la décision du Conseil – d'examiner et d'accepter une demande d'asile. Bien que le gouvernement d'Edouard Balladur a réussi à passer outre la décision du Conseil constitutionnel de 1992, les effets de ce discours sur la politique et droit paraissent plutôt minimes. Le Conseil n'a cessé de donner sa pleine implication potentielle au Préambule. Quant au pouvoir constituant, il n'est revenu sur la fonction du Conseil qu'en l'élargissant par le jeu de l'exception d'inconstitutionnalité et pour proposer l'actualisation du Préambule. De plus, la réforme constitutionnelle de 2008, qui introduit la question prioritaire de constitutionnalité, érige le Conseil constitutionnel en juge suprême en lui octroyant le pouvoir de l'abrogation de la loi déjà promulguée non conforme aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Même si la polémique sur le périmètre du contrôle de constitutionnalité du Conseil constitutionnel peut être considérée comme close aujourd'hui, la critique du « positivisme juridique » reste néanmoins pertinente. Plus concrètement, ce discours soulève la question suivante : l'élargissement du périmètre du contrôle de constitutionnalité à la protection des droits et des libertés garantis par la Constitution est-il illégitime ?

Pour répondre à cette question, il convient de démontrer que même si l'élargissement du périmètre du contrôle de constitutionnalité décidée par le Conseil est anti-démocratique (I) et conduit à limiter les pouvoirs des autres autorités publiques (II), celui-ci permet de protéger des individus contre les dérives du pouvoir législatif ou exécutif, ce qui fonde sa légitimité.

### I. L'élargissement antidémocratique du périmètre du contrôle de constitutionnalité au Préambule de la Constitution

L'élargissement du contrôle de constitutionnalité au Préambule de la Constitution amène le Conseil constitutionnel à s'émanciper de la Constitution de la Ve République (A). Cela pose problème puisque le contrôle de constitutionnalité du contenu de la loi porte atteinte à la marge de manœuvre du pouvoir gouvernant (B).

#### **A. L'émancipation du Conseil constitutionnel de la Constitution de 1958 par le biais de son Préambule**

##### *1) Citation*

« Depuis que le Conseil constitutionnel a décidé d'étendre son contrôle au respect du préambule de la Constitution ».

## 2) Explication

- Texte de la Constitution de 1958
- Lien avec la décision du 16 juillet 1971
  - Conséquences de cette décision : le Conseil se reconnaît le droit de censurer une loi contraire aux libertés garanties par le Préambule de la Constitution
  - Caractère anti démocratique de l'auto-élargissement de sa fonction

## 3) Critique du texte

- Pratique : la rationalisation du parlementarisme sous la Ve République + fait majoritaire + présidentialisation de la fonction
  - nécessité du CC° pour :
    - Redonner des droits à l'opposition
    - Contrôler les dérives du pouvoir gouvernant
- Comparaison avec les cours suprêmes : États-Unis → Marbury vs Madison
  - Allemagne, Italie, Espagne, Cour de justice de l'Union européenne

## 4) Transition

### **B. Atteinte du pouvoir judiciaire à la marge de manœuvre du pouvoir gouvernant**

#### 1) Citation

« Cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus parfois à des époques bien différentes de la nôtre ».

#### 2) Explication

- Loi : expression de la volonté générale
  - Intervention du juge ne peut la limiter
- Problème d'identification des principes à valeur constitutionnelle
- Le caractère large et flous des droits et libertés fondamentaux  
EXEMPLE : contradiction entre les DLF de la 1<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> génération

#### 3) Critique du texte

- Vedel : « la garantie la plus forte qui puisse être donnée aux droits reconnus c'est de les inclure dans une constitution comportant un contrôle de la constitutionnalité des lois »
- Comparaison avec les Cours suprêmes

DONC : Le contrôle de constitutionnalité devient un moyen de garantir les libertés et les droits des individus contre le Parlement lui-même

- Situation aujourd'hui : tendance d'élargissement des DLF et de l'office du CC° → acceptation de cette tendance

## II. Le nouveau rôle du « créateur de droit » du Conseil : une évolution contestée

Dans son discours, Édouard Balladur remet en question la légitimité du pouvoir créateur des normes du Conseil constitutionnel (A). D'autant que celui-ci limite la marge de manœuvre des autres autorités publiques (B).

### **A. La remise en cause de la légitimité du pouvoir créateur du Conseil constitutionnel**

#### *1) Citation*

« Certains pensent même qu'il lui est arrivé de les créer lui-même »

#### *2) Explication*

- Jurisprudence du Conseil constitutionnel : élargissement des normes à valeur constitutionnelle
- Légitimité à en créer : caractère anti-démocratique, problème de sa composition, etc.
- Insécurité juridique

#### *3) Critique*

- Les juges constitutionnels créent du droit : Kelsen
- Conseil constitutionnel en abuse pas : les critères d'identification de ces normes
- Comparaison avec d'autres juridictions

EX : CE qui a commencé avec cette pratique

#### *4) Transition*

### **B. L'empiétement des décisions du Conseil constitutionnel sur les pouvoirs des autres autorités publiques**

#### *1) Citation*

« Plutôt que de laisser au législateur un large pouvoir d'interprétation de ces principes, le Conseil constitutionnel a préféré en définir lui-même et très précisément le contenu et indiquer au gouvernement et aux juges administratifs ou judiciaires comment la loi votée par le Parlement doit être appliquée, allant parfois loin dans le détail. »

#### *2) Explication*

- Autorité des décisions du CC°

- Opposition entre les DLF = liberté individuelle et le pouvoir législatif = intérêt général  
DONC : CC<sup>o</sup> limite la marge de manœuvre  
EXEMPLE : état d'urgence sanitaire, DC 14 mai 2020 – opposition avec le DLF et l'obligation de l'État de protéger la santé de ses citoyens
- La place CC<sup>o</sup> : il ne se situe pas au sommet d'un ordre juridictionnel
  - Il n'a aucun lien organique avec les tribunaux ordinaires  
PROBLÈMES :
  - Compositions

### 3) Critique

- Possibilité de passer outre → révision de la Constitution, filtres utilisés par le CE et la Cour de cassation en matière de QPC

4) *Ouverture* : s'il est vrai que certains mécanismes peuvent contourner les décisions du Conseil (v. critique du IIB), il n'en reste pas moins que ce dernier est devenu un acteur majeur du panorama non seulement juridique mais aussi politique français. Toutefois, le rôle de protecteur des droits et des libertés fondamentaux qui s'est progressivement attribué et qui a été élargi par le mécanisme de la QPC, demeure critiquable. D'autant que sa composition ne présente pas les garanties d'indépendance inhérentes à l'exercice de la fonction juridictionnelle.