



HAL
open science

L'indépendance du Conseil constitutionnel et les libertés

Xavier Magnon

► **To cite this version:**

Xavier Magnon. L'indépendance du Conseil constitutionnel et les libertés. Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés, sous la direction de S. BENZINA, LGDJ-Lextenso, Actes & Colloques, pp. 25-39., 2021. hal-03194168

HAL Id: hal-03194168

<https://hal.science/hal-03194168v1>

Submitted on 9 Apr 2021

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.

L'indépendance du Conseil constitutionnel et les libertés

Xavier Magnon

Professeur de droit public

Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

La formulation du sujet semble inscrire la réflexion sous l'angle de la causalité et, plus exactement, du lien de causalité qui est susceptible d'exister entre « l'indépendance du Conseil constitutionnel » et les « libertés ». Plus précisément, elle paraît inciter à s'interroger sur la question de savoir si l'indépendance du Conseil constitutionnel garantit la protection des libertés ou, sans doute, de manière plus critique, si l'indépendance du Conseil constitutionnel est suffisante pour garantir une protection satisfaisante des libertés. L'on pourrait d'ailleurs s'interroger ou, du moins, se réinterroger après l'organisateur de ce colloque, sur la question même du lien pouvant exister entre l'indépendance du Conseil constitutionnel et la protection des libertés ; mais nous pouvons tous convenir, sans trop de discussion, que l'indépendance d'une juridiction constitutionnelle est une condition de son bon fonctionnement pour garantir l'exercice de ses missions, dont l'une d'entre elles est, précisément, la protection des libertés.

Le sujet, notamment parce qu'il s'inscrit dans une logique causale, mais pas seulement, soulève une question de mesure. Comment, en effet, peut-on apprécier de manière relativement objective l'indépendance du Conseil constitutionnel ? De plus, comment peut-on apprécier le caractère satisfaisant de la protection des libertés ?

Sur le premier point, il faut insister sur le fait que l'appréciation de l'indépendance du juge constitutionnel ne saurait se porter sur autre chose que sur des données d'ordre factuel. Il ne fait pas de doute que, d'un point de vue juridique, l'indépendance du Conseil constitutionnel est garantie¹, si l'on excepte, peut-être, l'absence de protection fonctionnelle de ses membres². Juridiquement la question ne se pose donc pas, encore moins si cette question est reliée à celle des libertés. L'intitulé du sujet invite à apprécier la « réalité » de l'indépendance du Conseil constitutionnel, seule celle-ci pouvant avoir une incidence éventuelle sur la protection des libertés. Reste à déterminer sur quelle(s) réalité(s) objectives il est possible d'apprécier cette indépendance.

Les témoignages des anciens membres du Conseil constitutionnel peuvent être des instruments permettant d'apprécier la « réalité » du fonctionnement de l'institution. Ils permettent d'apprécier

¹ Voir sur la question : J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, LGDG-Fondation Varenne, Collection des Thèses, n° 38, 2010, 446 p.

² Voir pour une approche critique sur cette question : « La protection des juges constitutionnels », in *La protection des pouvoirs constitués. Chefs de l'Etat, Ministres, Parlementaires, Juges*, sous la direction de Ph. Ségur, Bruylant, 2007, pp. 167-189.

in vivo celui-ci, en mettant en évidence certains ressorts spécifiques et masqués. Tout en étant révélateur d'une certaine manière de fonctionner, ces témoignages paraissent marqués par une dimension subjective. Ce n'est que la vision d'un membre qui est révélée et les faits qui y sont décrits, pour pertinents qu'ils sont pour celui qui les recense, ne sont pas forcément décisifs au moment d'apprécier s'ils ont une incidence sur les décisions du Conseil constitutionnel et, encore moins, sur la protection des droits fondamentaux. De plus, les éventuelles anecdotes évoquées ne sauraient forcément être considérées comme des éléments décisifs dans les décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Les mauvais rapports existants (et notoires) entre le Président du Conseil constitutionnel et le Président de la République en fonction ne sauraient être considérés comme devant être déterminants dans la prise de décision, collégiale, du Conseil constitutionnel³. Le lien pouvant exister entre des pratiques politiques en dehors de la décision et la prise de décision du Conseil constitutionnel peut difficilement être établi de manière objective, à moins, bien sûr, que le lien soit manifeste⁴. Aussi, si l'on ne peut que suivre, compte tenu de son expérience, Dominique Schnapper lorsqu'elle affirme qu'« aujourd'hui encore, les formes extérieures ou symboliques de l'indépendance à l'égard du monde politique sont loin d'être toujours respectées, même si les marques des liens sont devenues beaucoup plus discrètes »⁵, il peut être plus difficile de mesurer de manière concrète et objective les conséquences de ces liens sur la prise de décision du Conseil constitutionnel.

Dans le prolongement, il serait également possible d'envisager la question sous l'angle de la communication de l'institution autour de son indépendance. La pratique de communiqués de presse de défense de l'indépendance de l'institution n'est pas rare à l'occasion de mises en cause publiques de celle-ci, même si ces mises en cause sont, elles-mêmes, rares, que ce soit dans l'affaire de la responsabilité pénale du Chef de l'Etat⁶ ou dans celle, plus récente, du référendum d'initiative populaire⁷. La représentation par l'institution elle-même de son indépendance est une question tout à fait pertinente ; elle ne nous paraît cependant pas pouvoir constituer un objet valable pour résoudre la question qui nous est posée et semble, plutôt, constituer, à elle seule, un sujet.

La pratique des récusations par les membres du Conseil constitutionnel pourrait encore constituer un terrain factuel d'analyse. Une telle étude, pour justifiée qu'elle serait en elle-même,

³ Voir, sur ce point : J.-L. Debré, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, Points, 2016, 486 p. et, en particulier, posant le cadre général des rapports du Président du Conseil constitutionnel avec le Chef de l'Etat Nicolas Sarkozy, pp. 13-18.

⁴ Voir, à propos du Président Palewski, son lien avec le Général de Gaulle et son positionnement politique : G. Boudou, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, 2014/1, n° 97, pp. 35-47.

⁵ D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, nfr essais, 2010, p. 217.

⁶ Communiqué de presse du 10 octobre 2000, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede-presse-du-10-octobre-2000>.

⁷ Communiqué de Laurent Fabius du 16 mai 2019, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede-laurent-fabius-president-du-conseil-constitutionnel>.

Voir plus généralement sur la communication du Conseil constitutionnel : M. Disant, « La communication du Conseil constitutionnel. Evolution, organisation, méthodes », *AJJC*, 2017, pp. 59-75.

ne nous paraît pas non plus éclairer le sujet qui nous a été confié. L'étude de la pratique des récusations soulève d'avantage une question d'impartialité qu'une question d'indépendance. La question mérite d'être approfondie, mais l'on peut proposer quelques lignes générales et intuitives de démarcation entre ces deux notions. Il semble en effet que l'impartialité soit moins large que l'indépendance, dans la mesure où si la première ne fait qu'interdire qu'une connaissance spécifique/particulière des éléments d'une affaire ou de ses protagonistes, autre que celle que pourrait avoir un tiers à partir des seules éléments du dossier de cette affaire, puisse avoir une incidence sur la manière de l'appréhender ; la seconde est plus large, elle oblige à penser conformément au rôle ou la mission confiée, en évitant que des considérations personnelles, extérieures, puissent en affecter l'exercice. La première oblige à se retirer quand la connaissance d'éléments d'une affaire aura une incidence sur la manière de la juger, elle est interne par rapport à l'affaire ; la seconde impose de penser indépendamment de tout ce qui pourrait avoir une influence subjective, elle est extérieure à la fonction et concerne le for intérieur. La première peut être imposée par le droit, elle est donc saisissable à partir d'éléments objectifs ; la seconde ne peut pas l'être, en substance, dans la mesure où elle est avant tout une question de conscience individuelle.

Cette discussion renvoie à ce qu'il faut entendre par « indépendance »⁸. Selon une première définition proposée par le *Centre national de ressources textuelles et lexicales*, est indépendant celui « [En parlant de pers.] Qui jouit d'une entière autonomie vis-à-vis de quelqu'un ou de quelque chose ». L'indépendance peut être définie comme *la capacité de penser contre soi*, contre ce que l'on est en tant qu'homme constitué par un ensemble de déterminants sociaux, ce qui renvoie à une dimension de réflexivité de la pensée. Le professeur de droit membre du Conseil constitutionnel pourra, par exemple, être considéré comme pensant contre lui en refusant de considérer qu'il existe un principe fondamental reconnu par les lois de la République consacrant l'indépendance des professeurs d'université, sans d'ailleurs qu'il faille considérer, qu'en défendant l'existence d'un tel principe, il soit considéré comme pensant avec son corps (professionnel), plutôt qu'en tant que membre du Conseil constitutionnel⁹. Il sera donc considéré comme indépendant s'il décide contre son corps, pour des raisons liées à sa fonction de juge ; s'il fait prévaloir cette fonction sur l'appartenance à son corps.

L'indépendance s'apparente alors à une liberté de pensée. Une *capacité à penser contre soi*, contre d'où l'on vient, contre le déterminisme social dont on est le résultat, contre ceux qui nous ont fait ou nous ont constitué. L'on ne peut que partager sur cette question la formule de François

⁸ L'ouvrage, issu de la thèse sur le sujet même de l'indépendance du Conseil constitutionnel, retient comme définition du terme « le fait d'une institution (de ne pas être) liée à d'autres », J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 19.

⁹ La question peut néanmoins se poser lorsque le rapporteur au Conseil constitutionnel est professeur d'Université et qu'il propose la reconnaissance d'un tel principe, voir en ce sens le compte-rendu de la délibération du Conseil constitutionnel ayant donné lieu à la décision du 20 janvier 1984.

Luchaire : « un juge n'est indépendant que s'il en a la volonté ; l'indépendance est une question de conscience ; les textes n'y peuvent rien »¹⁰.

Il semble qu'il existe un matériau objectif à partir duquel il est possible d'apprécier l'indépendance ainsi entendue, un moment où la conscience est à même de se révéler : il s'agit des délibérations du Conseil constitutionnel. Quels que soient les biais que l'on peut relever dans les comptes rendus de ces délibérations¹¹, ils n'en constituent pas moins des témoignages de la manière de penser telle qu'elle est exprimée par les différents membres à l'occasion d'une délibération sur la constitutionnalité d'une loi. Les comptes rendus apparaissent comme un élément objectif au sein duquel l'expression de penser contre soi peut se faire jour. La délibération est un lieu où se révèlent les *personnages* de chacun des membres. Pour M. Xifaras, « le personnage apparaît donc comme la représentation que l'auteur propose de lui-même à son auditoire pour le convaincre, ou encore l'être fictif que le discours lui-même désigne comme le narrateur du discours en lieu et place de l'auteur »¹². Dans le prolongement de sa théorie des personnages juridiques à propos du Conseil constitutionnel, qui a déjà fait l'objet de plusieurs conférences, dont la dernière a eu lieu en avril 2018 à l'école de droit de l'institut d'études politique de Paris¹³, il est une catégorie de personnage qui représente l'indépendance, celui de « l'esprit libre ». Toutefois, ce n'est pas tant l'existence d'une catégorie de personnage représentant l'indépendance qui est pertinent pour l'analyse, mais, plutôt, la manifestation de l'indépendance chez tous les personnages, quels qu'ils soient.

Reste encore à identifier ces manifestations d'indépendance. Il y a, à cet égard, ce qui est explicite, à la lecture des comptes rendus, et ce qui ne l'est pas, mais qui n'en est pas moins révélé par cette même lecture. Ainsi, par exemple, même si nous y reviendrons, le fait que dans la décision du 19 juin 1970 aucun débat n'ait eu lieu sur l'intégration du Préambule dans la Constitution révèle que la question a vraisemblablement été discutée, voire décidée, en amont, et masquée au moment de la délibération.

Au regard des délibérations étudiées, l'indépendance des membres se manifeste sur trois plans : *institutionnel*, *moral* et *politique*. L'indépendance *institutionnelle* se manifeste lorsqu'il s'agit de penser contre les institutions dont le juge est issu ou auxquelles il appartient ou a appartenu, l'indépendance *morale*, lorsqu'il s'agit de penser contre ses convictions morales, l'indépendance *politique*, en pensant contre ses convictions politiques. Le professeur de droit refusant de consacrer un principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance des professeurs d'université manifestera ainsi une *indépendance institutionnelle*, le catholique

¹⁰ F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel, Tome I – Organisation et fonctionnement*, Economica, 2^{ème} édition refondue, 1997, p. 75.

¹¹ Voir en particulier sur cette question, la note méthodologique des « grandes délibérations » : B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1983)*, Dalloz, Grandes délibérations, 2009, pp. XVII-XVIII.

¹² M. Xifaras, « Théorie des personnages juridiques », *RFDA*, 2017, p. 275.

¹³ *Ibid.*

traditionnaliste, qui s'opposera à la reconnaissance en tant que principe fondamental du droit à la vie, adopte une attitude qui témoigne de son *indépendance morale*, l'ultra-libéral sur le plan économique qui acceptera d'interpréter la Constitution comme permettant les nationalisations témoignera d'une *indépendance politique*. Sous ces trois plans, il peut d'ailleurs également y avoir des manifestations de dépendance. Selon une lecture critique, il nous appartient, d'ailleurs, de mettre en évidence aussi bien les manifestations d'indépendances que celles de dépendance.

Sur le second point, à savoir l'appréciation qualitative de la protection satisfaisante des droits fondamentaux, le choix des délibérations étudiées doit être explicite. Un minimum d'objectivité peut être recherché dans l'identification des décisions sur lesquelles il sera fait référence aux comptes rendus des délibérations. Le choix opéré consiste à retenir quatre grandes décisions du Conseil constitutionnel relatives aux libertés. Celles-ci témoignent de moments jurisprudentiels importants et même fondateurs dans la construction d'une justice constitutionnelle protectrice des libertés en France : la décision du 16 juillet 1971, qui doit être lue avec celle du 19 juin 1970, celle du 15 janvier 1975 sur la loi autorisant l'interruption volontaire de grossesse, celle du 12 janvier 1977 dite « fouille des véhicules » et celle du 16 janvier 1982 sur la loi de nationalisation. Chacune d'entre elles témoigne d'un moment marquant : *initier une justice constitutionnelle* (1), *garder la mesure constitutionnelle* (2), *résister à l'illibéralisme* (3), *absorber l'alternance* (4).

Ce choix peut paraître discutable à deux titres au moins : au regard du faible nombre de décisions retenues et sur la consécutive pertinence des analyses proposées. Ces deux défauts se rejoignent pour mettre en question toute tentative de généralisation des propositions d'analyse qui seront formulées. Le choix n'en est pas moins justifiable. La démarche entreprise vise plus à identifier et illustrer certaines situations caractéristiques d'indépendance ou de dépendance que de s'engager dans une démarche empirique exhaustive. Les grands moments jurisprudentiels sont en effet susceptibles de révéler des comportements exemplaires des membres du Conseil constitutionnel. Tel est le pari de la démarche que d'*identifier des comportements types dans des situations exceptionnelles* et ce qui tend à inscrire cette étude d'un point de vue méthodologique, il ne faudra y voir ici qu'un clin d'œil¹⁴, dans une évaluation par échantillon aléatoire. Les choix de principe qui sont posés dans ces décisions sont à même de révéler l'indépendance ou la dépendance des membres de l'institution. Autrement dit, le faible nombre de décisions est compensé par l'importance de celles-ci et le caractère exemplaire de l'attitude supposée de ses membres. De manière plus significative, l'on peut penser que la question de l'indépendance des membres se pose précisément lorsque le Conseil constitutionnel se prononce sur des questions importantes. L'indépendance n'est, en quelque sorte, mise à l'épreuve que lorsque les questions examinées présentent un certain degré d'importance.

(1) Initier une justice constitutionnelle

¹⁴ A la nomination des derniers prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel, à savoir Abhijit Banerjee, Esther Duflo et Michael Kremer.

Le moment *liberté d'association* n'a pas besoin d'être explicité dans sa portée ; l'intégration du Préambule et des textes auxquels il fait référence dans la Constitution, en permettant la défense des droits et libertés par le Conseil constitutionnel, apparaît comme fondateur de l'institution d'une justice constitutionnelle en France. Le compte-rendu des délibérations des décisions de 1970 et de 1971 n'est cependant pas à la hauteur de la portée de la décision. Sans doute, les délibérations sont plus parlantes dans ce qu'elles ne disent pas ou dans l'impression qu'elles laissent au lecteur dans ses silences.

Si l'on n'en sait, aujourd'hui, beaucoup plus sur la décision du 16 juillet 1971, ce n'est pas seulement à la suite de la publication des comptes rendus des délibérations du Conseil constitutionnel, mais, surtout, grâce à la remarquable contribution de Guillaume Boudou¹⁵, qui va bien au-delà de cette seule délibération. Il n'en reste pas moins, qu'à la seule lecture des comptes rendus des délibérations, le constitutionnaliste qui a présenté aux étudiants, durant plus de 20 ans de carrière, la décision *Liberté d'association* comme marquant le point de départ de la justice constitutionnelle en France a de quoi, pour le moins, déchanter quant à la perception que les membres de l'institution ont eu, eux-mêmes, de leur révolution interne. Il semble d'ailleurs difficile de percevoir une quelconque manifestation d'indépendance des membres de l'institution dans la délibération, alors que l'intégration du Préambule à la Constitution ne fait l'objet d'aucun débat.

L'on sait, d'ailleurs, que la question a été résolue dans une décision antérieure, la décision du 19 juin 1970, qui fait référence, dans les visas, à la Constitution et « à son Préambule ». La délibération qui conduit à ce choix est édifiante. Chatenet est rapporteur. Identifiant les normes constitutionnelles susceptibles d'être affectées par les « traités » européens, examinés sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, il relève que « le préambule de la Constitution fait référence à la Déclaration des droits de l'homme qui en son article 14 stipule (*sic.*) que « l'impôt ne peut être levé que par des assemblées élues ». Luchaire dira plus loin, pour défendre l'absence de contrariété à la Constitution des textes contrôlés que, « s'il n'y a pas de contrariété c'est pour une toute autre raison. En effet, tous les traités, et, en particulier, les traités européens, contiennent des abandons de souveraineté. Or la Constitution prévoit de tels abandons, puisque dans son préambule il est spécifié que le peuple français confirme son attachement "aux Droits de l'Homme et/ aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946". Or, le préambule de la Constitution de 1946 prévoit que des abandons de souveraineté pourront être consentis lorsqu'ils servent à la sauvegarde de la Paix. C'est donc dans ce sens que l'on doit examiner le problème » (p. 10). C'est encore François Luchaire qui proposera, en dernier lieu, de « faire référence dans le premier visa au préambule de la Constitution » (p. 20) ; cette modification au projet de décision proposé sera acceptée, sans discussion.

¹⁵ G. Boudou, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *précit.*, pp. 5-120.

L'absence de tout débat, de toute discussion, laisse à penser que tout avait été déjà décidé avant ou, pour le moins, que la question était déjà tranchée si ce n'est dans les décisions du Conseil constitutionnel, du moins dans l'esprit de ses membres. De manière plus sévère, l'on peut également supposer que le choix d'intégrer le Préambule dans le texte constitutionnel avait été fait avant et que l'absence de débat, si elle ne saurait être volontaire, n'en révèle pas moins la volonté de ceux qui ont évoqué la question de ne pas en faire un débat. L'usage du préambule par un professeur de droit, et ce de manière relativement dissimulée, la question de fond étant formulée sous l'angle de l'ouverture de la Constitution française au droit européen et non pas sous l'angle de la valeur constitutionnelle de son Préambule, a de quoi interroger.

Peut-on vraiment croire que le silence sur le véritable enjeu de la question puisse être accidentel ? L'on ne saurait le penser. De plus, l'usage du Préambule de 1946 en tant que fondement constitutionnel de l'ouverture de la France aux engagements européens semble guidé par un penchant européeniste de F. Luchaire qui ne manque pas de souligner qu'une décision de contrariété à la Constitution « serait une manifestation exagérée de nationalisme » (p. 10). La stratégie première, du moins en ce qu'elle est visible, de F. Luchaire paraît claire : éviter la censure et, pour cela, la référence au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est indispensable ; celle, seconde, implicite, tend à faire reconnaître la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution. Dubois confirme cette lecture en rappelant qu'il souhaite que « référence soit faite au préambule de la Constitution au moins dans les visas et dans le dernier considérant afin de montrer que le préambule est une source de droit » (p. 14) ; cette lecture étant confirmée par Chatenet qui lance un « nous sommes les derniers dans cette enceinte à ignorer le préambule » (p. 14). L'attitude de Luchaire peut être lue comme une marque de *dépendance politique*, au minimum, à son engagement politique pro européen, et, au-delà, à une volonté implicite, en tant que professeur de droit, de changer le Conseil constitutionnel pour qu'il devienne un juge constitutionnel, expression d'une *dépendance institutionnelle*.

En aucune manière, une indépendance, telle que nous l'avons définie, n'est révélée dans la délibération. La novation résultant de l'intégration du Préambule à la Constitution n'apparaît que comme un moyen au service d'une finalité précise et non pas comme une volonté de remise en cause.

Ainsi, implicitement mais nécessairement, la valeur constitutionnelle du Préambule est acceptée et elle ne posera pas plus question qu'en 1970 à l'occasion de la délibération sur la décision du 16 juillet 1971. Le débat porte sur l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République protégeant la liberté d'association et non pas sur la valeur constitutionnelle du Préambule. La référence au préambule de la Constitution se fait de manière naturelle par le rapporteur Goguel, au moment d'identifier les normes constitutionnelles de référence (p. 15) ; tout au plus Dubois précise « qu'à son sens le texte soumis au Conseil est contraire au préambule de la Constitution que le Conseil a d'ailleurs déjà visé dans sa décision de juin 1970 sur les Communautés européennes » (p. 18). Toutefois, apparaît ce que l'on qualifiera de mythe

fondateur du Conseil constitutionnel, à savoir le « Conseil constitutionnel gardien des libertés ». La valeur constitutionnelle apparaît ainsi justifiée par la mission du Conseil constitutionnel. François Luchaire se réfère à la « tâche de défenseur des libertés » du juge constitutionnel (p. 19). L'instrumentalisation du Préambule pour que le Conseil constitutionnel puisse assurer cette tâche de défenseur des libertés n'en est que plus forte.

La question trouvera un écho plus polémique dans une décision ultérieure, à l'occasion d'un échange entre des membres du Conseil constitutionnel qui étaient déjà là en 1970 et 1971, dans la délibération sur la décision du 15 janvier 1975. Alors que Dubois évoque, comme illustration de « détournements de compétence » dont a fait preuve le Conseil constitutionnel, non sans certaines approximations étonnantes, le fait que dans « l'examen des textes par rapport à la Constitution elle-même il a ajouté le préambule de 1958 puis celui de 1946 puis la Déclaration des droits de 1789 puis les principes généraux du droit » (p. 26) ; ce à quoi Goguel répondra « n'avoir jamais douté que le préambule de la Constitution de 1958 qui renvoie au préambule de 1946 et à la Déclaration des droits de 1789 ne fit partie de la Constitution » (p. 27). Dans cette même délibération, le président Frey défend que « les principes affirmés dans le préambule de 1946 et la déclaration de 1789 ont une portée générale mais non pas la valeur absolue de droit positif et n'excluent pas certaines dérogations qui pourraient leur être apportées pour la mise en œuvre d'autres dispositions constitutionnelles » (1^{ère} séance, p. 34), ce à quoi répondra Coste-Fleuret que « le Conseil a, selon lui, affirmé la valeur constitutionnelle du préambule et ne peut y revenir. La Constitution donne d'ailleurs pleine valeur à son préambule » (1^{ère} séance, p. 35). Le retard dans la réaction fait sens, même si le sens à attribuer n'est pas certain. L'on peut penser tout d'abord que la portée de la décision de 1970 n'a été pleinement perçue par certains des membres qu'après que celle-ci a été rendue. L'absence de débat en 1970 peut révéler l'absence de prise de conscience, alors, de ce qui se jouait avec le préambule. De manière plus pragmatique, elle peut témoigner du choix de ceux qui souhaitaient que le préambule soit intégré à la Constitution de ne pas en faire une question d'importance.

Il reste, qu'en 1971, s'il est une manifestation d'indépendance significative, d'*indépendance institutionnelle*, il est dans le choix majoritaire des membres du Conseil constitutionnel qui s'oppose au choix du rapporteur, Goguel. Les précautions oratoires pour justifier ce choix témoignent du caractère relativement « révolutionnaire » d'une telle attitude, à moins que ce ne soit, par certains côtés, un moyen rhétorique visant à accroître la portée du camouflet infligé au rapporteur. Palewki souligne d'emblée, à l'issue de la présentation du rapport, « que le Conseil a apprécié l'élégance, la science et l'autorité qui s'attachent à son rapport » (p. 17) avant d'indiquer qu'il ne le suivra pas ; Coste-Floret poursuit immédiatement en déclarant « s'associer aux éloges décernées au rapporteur et constate qu'il fait la même analyse que lui mais pour arriver à une conclusion contraire » (p. 17), Luchaire affirme qu'il « est tout à fait d'accord avec M. Goguel lorsqu'il dit qu'il faut que la République se défende mais ne crois pas que la loi soumise au Conseil le permette » (p. 18) ; Palewki ira plus loin encore en lançant « ce n'est pas de gaieté de cœur que je me sépare de notre rapporteur auquel sa haute compétence confère une si légitime autorité » (p.

23). Il manifeste une indépendance des membres contre la courtoisie institutionnelle qui consiste à suivre le rapporteur. La situation est d'autant plus sensible que Chatenet invite précisément chacun des membres à se prononcer de manière explicite sur son positionnement : « le problème à résoudre étant particulièrement grave, il serait souhaitable que tous les membres du Conseil s'expriment » (p. 25).

Toujours est-il, ce qui contribue à relativiser cette analyse comme manifestation d'indépendance¹⁶, que ce vote contre le projet de décision du rapporteur demeure légitimé par l'attitude du Président. Celui-ci, non seulement se prononce contre la décision du rapporteur, mais il le fait en témoignant d'un interventionnisme oratoire dans les débats jusqu'alors inédit. Monnet affirme ainsi de manière explicite qu'il a « écouté avec émotion la pensée de M. Le Président qu'il partageait ».

De manière transversale, et sous l'angle de la dépendance, plusieurs éléments semblent constituer des éléments contraignants pour les membres du Conseil constitutionnel et, plus précisément, des arguments apparaissent comme des arguments d'autorité tel est le cas en particulier des références aux avis du Conseil d'Etat (Goguel, 1971, p. 12 ; Coste-Fleuret, 1971, p. 17 ; Dubois, 1971, p. 18, p. 24, voir également, avec les délibérations sur la décision de 1982, p. 28).

Le second argument est tout à fait spécifique dans la mesure où il permet au Conseil constitutionnel de ne pas se prononcer, de fonder une auto-limitation, ce que l'on pourrait qualifier d'*argument de la mesure*, même s'il ne sera explicité dans un considérant de principe qu'en 1975. On le retrouve dans une formule du président Palewski : « le Conseil, bien que n'ayant pas à gouverner » (1970, p. 9). L'argument permet de neutraliser les débats en évitant que le Conseil constitutionnel ne se prononce sur un point particulier parce qu'il ne saurait « gouverner ».

L'argument de l'opinion publique peut être utilisé de manière différente, y compris par les mêmes personnes du moins dans des délibérations différentes. Ainsi le président Palewski, lors de la délibération de 1970 « demande (...) à chacun de ses membres, quelle que soit la décision qui sera prise d'y réfléchir avec toutes ses possibilités constructives de façon que la solution retenue puisse être approuvée par l'ensemble de l'opinion » (p. 10), alors qu'il soutiendra en 1971 que « l'honneur du Conseil tient à ce qu'il décide en dehors de toute pression de l'opinion publique » (p. 20). Approbation de l'opinion publique, la dépendance est là ; indépendance vis-à-vis de l'opinion publique, la liberté est de mise.

(2) Garder la mesure constitutionnelle

¹⁶ Il faut sans doute également ajouter qu'un certain lobbying a été mené auprès de certains membres du Conseil constitutionnel à l'encontre de la loi déferée. L'inconstitutionnalité de la loi a, en effet, été défendue par le Président du Sénat auprès des trois membres du Conseil constitutionnel qu'il avait nommés, dans un document qui a été distribué à Coste-Fleuret, Dubois et Luchaire. Voir en ce sens : G. Boudou, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *précit.*, pp. 24 et s.

La décision du 15 janvier 1975 fournit le cadre à deux réflexions dont la portée est considérable dans la jurisprudence constitutionnelle : le positionnement du Conseil constitutionnel dans des questions juridiques à haute teneur morale et sa compétence pour sanctionner le principe de primauté des engagements internationaux sur la loi consacré par l'article 55 de la Constitution. Pour ce qui nous intéresse, seule la première question constitue un domaine pertinent d'analyse. Elle conduit en effet les membres du Conseil constitutionnel à confronter les exigences constitutionnelles, telles qu'elles résultent des normes de référence, avec leurs éventuelles valeurs morales individuelles. Plus précisément encore, les choix qui semblent potentiellement se dessiner oscillent entre une prise en considération séparée des deux termes, que nous qualifierons de *position positiviste*, de séparation du droit et de la morale, et une lecture des exigences constitutionnelles à l'aune de ses valeurs morales personnelles, *position naturaliste*. Le premier témoigne d'une indépendance ; le second d'une dépendance vis-à-vis de valeurs morales personnelles.

La position positiviste, si elle n'est pas qualifiée de cette manière, n'en est pas moins clairement revendiquée. Elle apparaît comme valorisante pour celui qui la défend. Elle en fait un défenseur objectif du respect de la Constitution, indépendamment des valeurs morales qui sont les siennes. La position du rapporteur, Goguel, est explicite en ce sens. La prudence de l'introduction de son rapport est significative de la dimension morale et philosophique de la question qui doit être tranchée par le Conseil constitutionnel. Il se range d'emblée à la sagesse collective des membres de l'institution pour résoudre la question : « J'ai conscience de l'insuffisance de ce que je vous dirai sur ce problème, après avoir cependant tenté de l'examiner aussi complètement que je l'ai pu, et je dois ajouter que je suis très heureux de n'avoir pas à le résoudre seul, mais seulement à introduire le débat auquel vous aurez tous à participer, de n'avoir à vous soumettre qu'un projet de décision, dont je suis certain que votre contribution aux uns et aux autres l'améliorera beaucoup » (p. 1, 1^{ère} séance). Après avoir achevé son exposé « en qualité de rapporteur » en concluant à la conformité à la Constitution de la loi, Goguel ajoute « à un rapport qu'(il a) essayé de faire aussi objectif que possible, certaines remarques d'ordre personnel, et donc subjectif, qui n'ont pas de rapport direct avec le problème juridique qui nous est soumis, mais qu'(il) estime cependant à formuler » (p. 16). Il dissocie clairement ici la question juridique de la question personnelle et subjective, sa vision de membre du Conseil constitutionnel et celle qui est la sienne en tant qu'homme. Après quelques critiques personnelles sur les choix du législateur, il affirme : « je tiens à vous dire que, si je suis convaincu que la loi qui nous a été déférée n'est pas contraire à la Constitution, si j'incline à penser qu'il était opportun de l'adopter, elle ne signifie pas que, personnellement, je sois favorable à l'avortement » (1^{ère} séance, p. 17). Suit ensuite un exposé des raisons qui font qu'il n'y est pas favorable, complété par celui, relativisant le premier, qui met en évidence des éléments raisonnables, tirés de l'observation sociale, le conduisant à accepter le choix du législateur. Il conclut ainsi « tout en étant personnellement hostile en ce qui concerne moi et mes proches, à toute utilisation éventuelle de la liberté d'avortement instituée par la loi qui nous est soumise, je me vois contraint d'admettre que, dans la société française d'aujourd'hui, telle qu'elle est et telle que, comme beaucoup d'autres chrétiens, j'ai contribué à la faire,

l'adoption d'une législation sur l'avortement du type de celle qui nous est soumise était très probablement préférable à un statu quo dans lequel il se pratique en France » (p. 19, souligné dans le texte). Penser juridiquement contre son soi moral, voilà une manifestation d'indépendance. Chatenet témoignera dans le même sens de sa « mélancolie » à rejoindre la position du rapporteur compte tenu du trouble que ferait naître une censure du Conseil constitutionnel (p. 31) et de sa résignation (p. 32).

Le naturalisme entend proposer une lecture du droit positif à l'aune de ses considérations morales. N'étant pas une position *a priori* admissible, elle est évidemment masquée. L'on peut toutefois penser que la volonté de consacrer un droit à la vie, en s'appuyant sur la catégorie des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR), peut être lue comme participant de ce naturalisme, même si, il n'est pas possible d'en être certain. L'on supposera ici que l'usage de la catégorie ouverte PFRLR témoigne d'une tendance créatrice du juge constitutionnel dans la volonté de consacrer un nouveau principe constitutionnel. Alors que ce pouvoir créateur s'exerce dans une situation politiquement sensible, il ne saurait être expliqué que par une volonté d'intégrer dans le droit positif des valeurs particulières des membres de l'institution. La dépendance à des valeurs morales personnelles semble significative. Coste-Fleuret est d'ailleurs explicite sur ce point : « Pour la deuxième partie de l'affaire (l'examen au fond) l'argumentation du rapporteur est très forte mais il est impossible de faire abstraction de ses pensées religieuses ou philosophiques » (1^{ère} séance, p. 28). Aussi défend-il, sans plus de pudeur, la reconnaissance d'un PFRLR consacrant le droit à la vie (p. 29). Brouillet suit également cette lecture.

S'agissant d'arguments plus ponctuels, l'argument de la mesure trouvera son considérant de principe, proposé par le Président Frey propose le considérant de principe précisant que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement (1^{ère} séance, p. 20). L'auto-limitation du Conseil constitutionnel apparaît en l'occurrence à d'autres reprises dans la délibération (Goguel, 1^{ère} séance, p. 26 ; Frey, p. 26). Cet argument est neutralisant et écarte toute question d'indépendance ou de dépendance puisqu'il s'agit, précisément de ne pas se prononcer. La référence à l'opinion publique est utilisée comme un argument en faveur de la constitutionnalité de la loi ; Goguel évoque en ce sens « le consensus évident de l'opinion publique d'aujourd'hui » (1^{ère} séance, p. 18) ; de même que la référence à la législation d'autres Etats (Goguel, 1^{ère} séance, p. 23) ou à la réalité sociale des avortements clandestins rappelée par Dubois et Sainteny (1^{ère} séance, p. 33).

(3) Résister à l'illibéralisme

La décision de 1977 est avant tout marquante par la sévérité du texte adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées et déferé au Conseil constitutionnel portant, selon la formule consacrée, sur la « fouille des véhicules ». En vertu de celui-ci : « les officiers et agents de police

judiciaire peuvent, même d'office, procéder sur les voies ouvertes à la circulation à la visite des véhicules et de leur contenu.

Toutefois, la visite des caravanes, roulottes, maisons mobiles ou transportables et des véhicules aménagés pour le séjour, ne peut être effectuée que conformément aux dispositions relatives aux perquisitions et visites domiciliaires lorsqu'ils sont en stationnement et sont utilisés comme résidence effective ».

La généralité du texte quant aux pouvoirs accordés à la police judiciaire est considérable : le pouvoir de fouiller concerne les véhicules et leur contenu, sur toutes les voies ouvertes à la circulation, il est attribué, non seulement aux officiers, mais également aux agents de police judiciaire, qui peuvent y procéder même d'office, sans que l'exercice de ce pouvoir ne soit subordonné au respect d'aucun motif le justifiant.

La seule question juridique qui se pose est celle de savoir si les véhicules sont couverts par l'inviolabilité du domicile ; question qui est l'occurrence rapidement résolue par le rapporteur Coste-Fleuret qui, après s'être appuyé sur la réponse favorable apportée par la jurisprudence de la Cour de cassation (p. 27), y verra une « tradition républicaine » (p. 28).

Pour le reste, l'inconstitutionnalité de la disposition législative ne semble faire aucun doute ; le seuil de l'illibéralisme est franchi. La question apparaît comme une question de principe. Le dépassement du seuil est à ce point manifeste que le président « rappelle que le Conseil compte dans ses membres deux anciens ministres de l'intérieur, fonction que, pour sa part, il a conservée pendant une longue durée. Ceci lui a permis, tout comme à son collègue de constater que l'administration a toujours dans ses cartons d'innombrables textes de circonstances qui, en fait, ne servent à rien et dont l'adoption serait lourde de dangers. Il n'a pas de mois où l'on ne propose à un ministre de l'intérieur un texte limitant la liberté au motif qu'il faciliterait l'action de la police » (p. 30). Pour résumer la substance du propos par un aphorisme radical : le texte est tellement problématique sous l'angle des libertés que même un ancien ministre de l'intérieur ne saurait l'accepter. Un ancien ministre de l'intérieur n'a même pas à penser contre lui-même, tant le seuil est dépassé.

Cette idée de seuil est présente dans les propos des membres du Conseil constitutionnel : pour Brouillet, « il y a grand danger pour un gouvernement à adopter des textes de ce genre sans réfléchir au préalable » (p. 31) ; pour Coste-Floret et Monnerville, « il n'y a pas lieu de transiger sur les principes de liberté individuelle ». Le seuil d'illibéralisme étant dépassé par la loi, l'argument du Conseil constitutionnel défenseur des libertés revient de manière fréquente dans la discussion que ce soit dans la bouche du président (p. 30) ou dans celle d'autres membres (Monnerville, p. 31).

Le dépassement du seuil conduit à ce qu'il n'est plus question d'indépendance ou de dépendance. L'unanimité se fait, spontanément, en faveur de l'irrégularité constitutionnelle.

(4) Absorber l'alternance

Le sentiment qui domine à la lecture de la délibération est celui d'un certain malaise des membres du Conseil constitutionnel face à la question de la constitutionnalité d'une loi qui concrétise, de manière profonde, l'orientation socialiste du gouvernement en place. Une certaine peur est présente, sans qu'elle ne se traduise par des positions radicales. On perçoit un *self-restraint* tendu des membres de l'institution dans les délibérations.

Le cœur du débat pour la question qui nous occupe est celle de la constitutionnalité du principe même des nationalisations qui renvoie à un autre débat, celui de la conciliation des valeurs libérales de 1789 avec celles, plus sociales, de 1946. Le positionnement du rapporteur, Vedel, est très éclairant sur les non-dits. En tant que rapporteur, sur un texte d'une aussi grande importance, il demeure dans son personnage de « juriste », pour reprendre la classification de M. Xifaras, ou, selon l'expression même de Georges Vedel, de « prêtre de la Constitution ». Le rapport n'est pas, pour autant, si neutre qu'il n'y paraît.

D'emblée, l'objectivité est de mise, le cœur de la controverse potentielle porte sur une question d'interprétation : « L'évolution a-t-elle aboli ou atténué la portée de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme ? » (p. 1). La question se pose sur le principe même de la constitutionnalité des nationalisations et le pouvoir d'appréciation limité du Conseil constitutionnel est rapidement avancé : « Il s'agit donc de savoir si le Conseil constitutionnel a la possibilité de prendre parti dans un domaine où il n'y a pas de définition constitutionnelle. Il ne faut pas oublier que le juge constitutionnel n'est pas chargé de substituer son appréciation à celle du législateur mais de dire si l'appréciation de ce dernier ne rencontre pas les limites de la Constitution » (p. 4). La question est juridicisée et s'inscrit dans le cadre du *self-restraint* du juge. La neutralité de la lecture est de mise. Il n'en reste pas moins que Vedel neutralise le préambule de 1946 et, plus spécifiquement son alinéa 9. Dans un premier temps, il expose les termes du débat : « L'article 9 du Préambule de la Constitution de 1946 prévoit deux cas particuliers où une obligation, à tout le moins morale, s'impose au législateur alors qu'en général, il est libre d'apprécier l'opportunité d'une nationalisation au regard de ce qu'il estime être une utilité publique » (p. 3). Les cas d'obligation de nationalisation, et l'on ne voit pas pourquoi il n'y aurait qu'une obligation morale, sont distingués de ceux pour lesquels la nécessité publique, celle de l'article 17 de la Déclaration, doit justifier une nationalisation.

Dans l'examen de la conformité à la Constitution, il précise que « s'il y avait un monopole de fait, il n'y aurait guère de problème de contrôle de constitutionnalité. Mais ni le Gouvernement, ni le législateur ne soutiennent qu'il y a, en l'espèce, de monopole de fait. En ce qui concerne le critère du service public national, la question est complexe » (p. 3). Il reste que cette appréciation n'est valable que pour une obligation de nationalisation. Il est vrai que si cette appréciation valide *a fortiori* une nationalisation, elle ne la conditionne pas. Il est possible de nationaliser autre chose qu'un monopole de fait ou un service public national.

L'appel au *self-restraint* n'en est pas moins fort : « Le Conseil constitutionnel ne dispose pour l'appréciation de la nécessité publique d'aucune référence juridique. Le problème des nationalisations oppose une philosophie dirigiste à une philosophie libérale. Ce n'est pas au Conseil d'arbitrer, cela reviendrait à arbitrer entre deux politiques. Il sortirait alors de son domaine et usurperait un rôle qui n'appartient qu'au législateur » (p. 4). Tout comme la « neutralité » économique de la Constitution est défendue : « Si le Conseil veut poser un garde-fou interdisant de passer, sans révision constitutionnelle, d'un régime de propriété privée à un régime collectiviste, il ne dispose guère de bases constitutionnelles solides » (p. 5) ; « si notre Constitution est politiquement libérale, elle ne pose pas, ni en elle-même, ni par les textes que l'on y assimile pour leur reconnaître une valeur constitutionnelle, de principes de libéralismes économique. Le Préambule de 1946 fait une part à la cogestion » (p. 16) ; « le problème est de savoir ce qu'il y a dans la Constitution. On n'y trouve rien qui interdise une politique socialiste. Le texte qu'il a soumis au Conseil lui paraît aller jusqu'à l'extrême limite de ce qu'un juriste honnête peut affirmer sur les bornes imposées au législateur en la matière. Le Conseil manquerait à ses devoirs en lisant par des astuces subalternes, dans la Constitution, ce qui ne s'y trouve pas. Quelle méthode de travail allons-nous suivre ? Voilà la question posée par le texte qui vient d'être lu. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que les principes de 1789 ne prévoient pas un régime collectiviste » (p. 27).

Dans un tel contexte, selon la lecture du rapporteur, les nationalisations ne doivent être appréciées qu'au regard de l'article 17 de la Déclaration, seule la nécessité publique devant justifier la privation de liberté, même si, le Conseil constitutionnel, en raison de son *self-restraint*, n'entend exercer qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Il n'en reste pas moins que l'alinéa 9 du Préambule est écarté. Certes, la loi n'entraîne pas dans son domaine d'application mais l'on peut penser qu'en prévoyant des obligations, juridiques, de nationalisation le constituant considérait que les nationalisations étaient un instrument naturel aux mains de l'Etat dans la gestion de la politique économique nationale. L'alinéa 9 n'est donc pas neutre de ce point de vue. De plus, concernant l'article 34 de la Constitution, le rapporteur en réduit la portée à ce qu'il « n'a pour objet que de déterminer l'autorité compétente pour poser les règles de la nationalisation » (p. 2). Prévoir que la loi fixe « les règles concernant » « les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé », donne une compétence du législateur pour intervenir dans ce domaine et lui confère donc une habilitation à nationaliser des entreprises privées. Autrement dit, les nationalisations sont autorisées par la Constitution et elles sont couvertes par celle-ci, aussi bien par l'article 34 de la Constitution que par l'alinéa 9 du Préambule de 1946. Le débat n'en est pas moins focalisé, du moins orienté, au regard du rapport présenté par Vedel, sur la violation du droit de propriété et sur l'étendue du pouvoir du législateur que de procéder à des nationalisations, plutôt que sur la « banalité » de l'exercice de cette compétence au regard des habilitations constitutionnelles.

Le *self-restraint* du Conseil constitutionnel est fréquemment avancé dans les discussions. Il n'est d'ailleurs pas forcément invoqué à l'appui d'une absence de contrôle ou même pour défendre un contrôle minimum. Gros évoque ainsi le fait que le Conseil constitutionnel « ne peut pas substituer son appréciation à celle du Parlement », mais n'en défend pas moins un contrôle sur la « qualification » de l'objet des nationalisations, et en particulier sur la référence par l'article 34 de la Constitution à la nationalisation « d'entreprises » (p. 10). Plus largement, il souhaite que la loi explicite « sa justification constitutionnelle » pour que le Conseil constitutionnel puisse exercer un contrôle.

A propos de la nécessité publique comme justification du recours aux nationalisations, Lecourt propose un contrôle de l'erreur manifeste ou de la sanction de l'usage arbitraire, imposant d'apprécier le « rapport nécessaire entre l'objectif poursuivi et le moyen mis en œuvre » et « ce qui est d'une disproportionnalité évidente entre les objectifs et les moyens ». Il soutient également l'existence d'« un seuil au-delà duquel les nationalisations videraient le droit de propriété de l'essentiel de sa substance » (p. 12). Segalat situe précisément la discussion sur « le rôle du Conseil constitutionnel », qui ne saurait être celui « d'une troisième chambre », tout en reprenant, pour les discuter, les propositions de Lecourt sur l'erreur manifeste et le seuil (p. 12). Le *self-restraint* est ici reconnu, mais il n'est pas utilisé pour refuser d'exercer un contrôle. Le décalage reconnaissance d'un *self-restraint*/préconisation d'un contrôle peut révéler de manière indirecte une démarche de dépendance vis-à-vis de considérations politiques, refusant de laisser un blanc-seing au législateur pour les nationalisations. Dans le même sens, Lecourt précise que « Le Conseil constitutionnel a un certain pouvoir d'appréciation même s'il ne veut pas entrer dans un choix politique » (p. 25)

La peur du changement de société est d'ailleurs perceptible. Pour Joxe, il faut rester vigilant et éviter que les lois successives ne changent « complètement notre système économique ». Aussi préconise-t-il qu'« il faut qu'il apparaisse bien, dans notre décision, qu'un changement de nature de notre civilisation nécessite un changement de la Constitution » (p. 14). Le Président poursuit : « Si la loi devenait une marée montante, par ses addendas successifs, nous irions vers un changement insensible au jour le jour mais complet de notre système économique, social et voire même politique » (p. 15).

A l'issue de ces analyses, quelles orientations générales est-il possible de dégager à partir de ces échantillons aléatoires ? Trois catégories de situations, les *cas neutres*, les *cas complexes* et les *cas neutralisés*, dans lesquelles la question de l'indépendance est susceptible ou n'est pas susceptible de se poser. Il est une première catégorie de situations, les *cas neutres*, dans lesquelles la question de l'indépendance ne se pose pas, lorsque le seuil d'inconstitutionnalité d'une loi est manifeste, tout comme, ce que nous pouvons déduire sans l'avoir pour autant constaté dans une délibération, lorsque la loi est manifestement conforme à la Constitution. Autrement dit, la question de l'indépendance ne se pose que dans des *cas complexes*, c'est-à-dire lorsque la solution de la contrariété ou de la conformité à la Constitution ne s'impose pas de manière évidente. Dans

toutes ces situations, l'on peut ajouter que la question de l'indépendance sera d'autant plus décisive dans la résolution du cas que celui-ci présente un caractère sensible d'un point de vue moral ou politique. La sensibilité de la question oblige à des positionnements de principe dans lesquels il convient d'être ou de ne pas être indépendant. Moins la question est sensible et moins les questions d'indépendance sont décisives. Aussi la faiblesse de débats en 1970 et 1971, délibérations qui fournissaient pourtant une occasion de mise à l'épreuve de l'indépendance, témoigne-t-elle de ce que l'importance de la question n'a pas été perçue. Il faut encore ajouter qu'au-delà d'un certain seuil de sensibilité, ce ne sont plus les questions d'indépendance qui voient le jour, mais celle de l'autolimitation. La sensibilité de la question est si élevée qu'elle impose que l'on évite de se prononcer sur celle-ci. Qualifions, en toute modestie, ce seuil de « seuil Magnon », comme étant celui, au regard de la sensibilité de la question posée, comme d'ailleurs de l'état du droit constitutionnel formel positif, au-delà duquel le juge constitutionnel ne saurait plus exercer de contrôle de régularité constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel use enfin d'un joker, neutralisant tous les débats, à savoir le *self-restraint*. Dans cette dernière situation, l'on peut parler de *cas neutralisés*.