
***Les travaux préparatoires dans la jurisprudence constitutionnelle : une
méthode d'interprétation au service de la légitimité du juge
constitutionnel***

Par Serge SURIN
serge.surin@hotmail.fr
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

INTRODUCTION

« *L'apparente brièveté du temps imparti pour statuer
oblige le Conseil tout à la fois à se préparer bien avant la saisine
et à ne pas faire languir les citoyens pendant des années¹.* »,
Georges Vedel

D'un point de vue historique, depuis que les travaux préparatoires des textes législatifs sont écrits, archivés et rendus publics², le débat a toujours été sur la question de savoir si oui ou non les juges pouvaient utiliser ces travaux pour éclairer les normes législatives qu'ils ont vocation à appliquer. Cela a commencé dès la création en 1790 du Tribunal de cassation, ancêtre direct de l'actuelle Cour de cassation, avec le mécanisme du *référé législatif*³.

Tout au long du XIX^{ème} siècle, en France comme à l'étranger, le débat sur cette question n'a jamais cessé d'exister. Le système de la *Common law* avec le Royaume-Uni en tête (mis à part les Etats-Unis) a exclu purement et simplement l'utilisation de cette méthode-technique d'interprétation par les juges. Les juridictions françaises, elles, du Tribunal de cassation au Conseil constitutionnel aujourd'hui, n'ont jamais ignoré cette méthode d'interprétation bien que sous la stricte condition, dit la Cour de cassation, que la disposition législative applicable soit obscure et ambiguë⁴.

Pour ce qui concerne les travaux préparatoires dans la délibération constitutionnelle, depuis son début de fonctionnement en 1959, le Conseil constitutionnel a toujours manifesté un intérêt particulier pour les travaux préparatoires tant des normes contrôlées que des normes de référence. Cet intérêt pour les travaux préparatoires dans l'interprétation des normes s'est accru après l'ouverture *conditionnée* de la saisine du Conseil constitutionnel aux membres du Parlement en 1974.

¹ Cité par Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2010, Préface de Georges Vedel, p. 9.

² L'Institut d'histoire de la Révolution française date les archives parlementaires de 1787. Pour ce qui concerne la publication de ces archives, elle a commencé en 1862 à l'initiative du *Corps législatif* du Second Empire.

³ V. Yves Huftau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, PUF, 1965 (BU PMF et Cujas) et Jean-Louis Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, LGDJ, 1987 (BU Cujas et PMF).

⁴ D'après un arrêt de la Cour de cassation date de 1932 (cité par Henri Capitant, *infra*, p. 210).

Pour ce qui concerne les normes contrôlées, la raison de cet intérêt du juge constitutionnel français pour les travaux préparatoires en est évidente, comme nous le dit le doyen Vedel : « *L'apparente brièveté du temps imparti pour statuer oblige le Conseil tout à la fois à se préparer bien avant la saisine et à ne pas faire languir les citoyens pendant des années.* » Des perroquets permettaient à chaque membre du Conseil constitutionnel de suivre en direct, depuis les deux assemblées législatives, les travaux préparatoires des lois qui pouvaient lui être soumises dès leur adoption.

Par souci, entre autres, de cohérence de la loi dans la hiérarchie des normes pour, d'une part, s'éclairer lui-même dans son rôle d'interprète des dispositions législatives et, d'autre part, pour aider le citoyen de base à mieux identifier la norme juridique qui s'applique à lui, le juge constitutionnel français a inventé et multiplié des principes techniques hissés au rang constitutionnel, telles les exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires devant contribuer à celles de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi. Bien que le Conseil constitutionnel refuse de se substituer au législateur, corps élu du peuple, la loi qui lui est soumise à fin d'interprétation à la lumière de règles et principes constitutionnels paraît être considérée comme étant seulement au stade d'achèvement et non pas comme un travail législatif achevé. Ceci conduit à voir dans le Conseil constitutionnel une forme de troisième chambre *déguisée* du Parlement⁵.

C'est pourquoi le Conseil constitutionnel n'a pas hésité à reprendre les travaux préparatoires lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi définitivement adoptée par le Parlement. Pas loin d'une centaine de décisions du Conseil constitutionnel à l'heure actuelle – dans le cadre du contrôle de constitutionnalité – sont appuyées sur les travaux préparatoires – entendus largement – de la loi, et la liste ne cesse de progresser, notamment avec le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité. Cela signifie qu'il ne suffit pas ou plus qu'une portion des membres du Parlement se constitue en majorité, donc en force dominante, pour faire passer comme lois n'importe quels projets ou propositions qu'elle s'imagine. Ainsi, la majorité parlementaire, même après avoir adopté souverainement un texte, demeure avec la *peur au ventre* tant le destin du texte adopté par elle dépend de la censure constitutionnelle finale. Ce phénomène conduit le législateur à faire preuve de rigueur, de précision et d'intelligence dans ses travaux, auxquels le Conseil constitutionnel se réfère désormais, afin de mieux saisir le sens des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il interprète la loi à l'aune des exigences et principes de valeur constitutionnelle. L'attachement du juge constitutionnel à cette technique, qui n'est pas une spécificité française⁶, invite à réfléchir tant sur la nature, juridique ou historique, que sur le rôle et la place de ces travaux par rapport à la loi et par rapport à la Constitution elle-même.

L'utilisation des travaux préparatoires par les juges constitutionnels⁷ peut être vue comme une manière d'asseoir leur pouvoir créateur de droit et leur légitimité qui ne sont fondés que

⁵ Julie Benetti, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la Ve République*, Thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Bibl. PMF et Cujas, 2004, p. 381.

⁶ Les juges, aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada, se font une obligation d'utiliser cette technique interprétative des normes juridiques. Pour les Etats-Unis, V. Stephen Breyer, *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, 2007, pp. 121 et s. (méthode *téléologique*) ; pour le Canada, V. Pierre-André Côté, *The interpretation of legislation in Canada*, Les Editions Yvon Blais, Inc, 1992, BU Cujas (interprétation *historique*).

⁷ Même le juge de proximité devient avec la QPC juge constitutionnel au sens de juger la constitutionnalité des lois applicables dans les affaires qu'il traite. Ces propos sont appuyés par ceux de Renaud Denoix de Saint Marc qui estime que « *tous les juges font désormais de la justice constitutionnelle* » (propos relevés lors d'une conférence devant des étudiants de Master au Conseil constitutionnel en février 2012).

sur la technicité et l'intelligibilité de leur travail interprétatif, quand le pouvoir et la légitimité des législateurs sont fondés sur l'élection qui implique une censure du peuple gouvernant et souverain. En retravaillant ou en travaillant avec les outils de travail du législateur, le juge réduit par là même les critiques traditionnelles de gouvernement des juges soulevé par Edouard Lambert dès 1921⁸, d'empiètement de pouvoir, de politisation de la justice, etc.

En cela, les travaux préparatoires peuvent même parfois parvenir à prendre la place de la règle posée dans le document *historique*⁹ exprimant la volonté du législateur constituant et / ou organique ou ordinaire, la décision n° 77-82 DC – que l'on verra plus loin – nous en donne un très bon exemple même s'il n'y a pas d'autres décisions du Conseil constitutionnel de la même teneur depuis la fin des années 1970.

L'objectif du juge constitutionnel dans l'utilisation et la pratique de cette méthode d'interprétation juridique paraît profondément lié à la notion – bien nouvelle – de démocratie constitutionnelle ou démocratie par le droit. La publicité et la publication des débats parlementaires, exigées par la Constitution de 1958, présentent un lien ontologique avec la démocratie. La démocratie parlementaire est l'idée que les membres du Parlement discutent au sein des assemblées parlementaires des choses qu'ils ont promises aux citoyens électeurs (quid des non électeurs qui sont aussi représentés par les parlementaires – mais cela relève d'un autre débat).

Il est vrai qu'il n'y a pas de définition des travaux préparatoires dégagée par le juge constitutionnel français, mais on peut en faire découler une à partir de la lecture de ses décisions faisant entrer des éléments extrinsèques dans les instruments de son interprétation des normes juridiques (I). Cependant, le Conseil constitutionnel semble faire un usage – pourrait-on dire – non linéaire des travaux préparatoires dans sa jurisprudence dans la mesure où il semble faire des coupes stratégiques, il saute des étapes, il ajuste, fait du sur-mesure... En bref, il ne les utilise que quand cela lui sert, et c'est pour un but bien précis : celui du tissage de sa légitimité démocratique au même titre que celle du législateur ou du constituant tout en protégeant ainsi son rôle de créateur de droit (II).

I – NOTION DE TRAVAUX PREPARATOIRES A LA LUMIERE DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

La mention « *Travaux préparatoires* » que l'on peut retrouver sur les gros ouvrages dans lesquels sont publiés les débats parlementaires dans les archives des assemblées législatives et au *Journal officiel* ne constituent que partiellement les éléments constitutifs de la notion juridique de travaux préparatoires tels qu'ils peuvent être saisis à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle et tel que nous les abordons dans ces lignes. Ainsi, si les débats purement parlementaires protégés par la Constitution forment une bonne partie des travaux préparatoires à l'étude ici (A), le Conseil constitutionnel français ne semble pas se limiter à ces seuls débats comme travaux préparatoires lui permettant de saisir le sens et la clarté des normes juridiques (B).

⁸ V. Edouard Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard & Cie., 1921. 276 p.

⁹ Les rassembleurs des *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958* (Tome I, La Documentation française, 1987, p. 483) ne voulaient ni de valeur juridique ni de valeur de travaux préparatoires de la Constitution de 1958 à ces documents, mais le Conseil constitutionnel en a décidé autrement dès sa décision 77-82 DC. Notre thèse compte bien le démontrer.

A) Fondements juridiques constitutionnels possibles de la notion de travaux préparatoires dans l'interprétation des normes juridiques

Les racines juridiques de la notion de travaux préparatoires sont de plusieurs ordres. Elles sont d'ordre constitutionnel, donc interne, et d'ordre international ; mais seul l'ordre constitutionnel interne sera analysé ici. Tout d'abord, la Constitution du 4 octobre 1958 donne au moins une indication, bien que partielle car centrée sur les seuls débats parlementaires, de ce que l'on pourrait entendre par travaux préparatoires (1). Puis, suivant une doctrine désormais ancienne, le Code civil contribue aussi à la constitution d'indices sur la notion de travaux préparatoires dans l'interprétation du droit (2).

1. Racines constitutionnelles originelles de la notion de travaux préparatoires comme instruments d'interprétation du droit : l'article 33 de la Constitution du 4 octobre 1958

L'alinéa 1^{er} de l'article 33 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « *Les séances des deux Assemblées sont publiques. Le compte-rendu intégral des débats est publié au Journal officiel.* »

La première question que le juriste ou le sociologue du droit doit se poser après avoir lu une telle disposition constitutionnelle, c'est celle du but de la publication du « *compte-rendu intégral des débats* » parlementaires. Le juge constitutionnel – entendu largement ici car n'incluant pas que le Conseil constitutionnel – n'est-il pas lié par ces débats que le constituant a voulu publics, écrits et publiés ? La réponse à ces questions sera mise en évidence tout au long de la seconde partie de cette présentation. Mais disons d'ores et déjà que, compte tenu de l'usage qu'en font les juges et, en particulier, le Conseil constitutionnel, de ces débats dans leurs jurisprudences, ils semblent qu'ils ont compris au travers de cette disposition constitutionnelle un devoir tant constitutionnel que démocratique posé par l'acte fondamental de l'Etat.

Le fondement constitutionnel de la notion de travaux préparatoires dans les dispositions de l'article 33 de la Constitution est aussi – on peut le proposer – le fondement de la méthode jurisprudentielle d'interprétation du droit consistant à prendre appui sur les travaux préparatoires tant des normes interprétées que des normes à l'aune desquelles le juge constitutionnel opère son contrôle de constitutionnalité sur les premières. Car la publicité et la publication des débats parlementaires – parties intégrantes des travaux préparatoires – ne peuvent pas avoir pour autre objectif – aux yeux du constituant de 1958 – que de servir au plus grand nombre, et en particulier au juge (constitutionnel), dans l'interprétation des normes juridiques et pour le saisissement du sens à donner aux normes juridiques édictées par les législateurs.

C'est là une manifestation et une bonne pratique du *raisonnement logique* ou de « *la logique juridique*¹⁰ » dans l'interprétation du droit, car le jeu de l'interprétation, que celle-ci soit purement juridique ou même littéraire, n'est qu'un jeu de logique qui n'est prévu par aucun texte juridique particulier ; quoi qu'il en soit, dans ce contexte, bien qu'encadrée par la confrontation obligée des différentes méthodes d'interprétation, c'est la pure logique du juge qui guide l'interprétation juridique comme cela semble être le cas pour tout autre interprète.

¹⁰ François Luchaire, *De la méthode en droit constitutionnel*, RDP, 2-1980, « *Le recours à la logique juridique* », p. 322.

Par conséquent, cette méthode d'interprétation à travers les travaux préparatoires, dont se méfiait Gén¹¹ dès 1899 et qui a un peu plus tard suscité le rejet total chez Henri Capitant¹², est devenue, en réalité, une méthode d'interprétation de la plus haute importance puisque son fondement se trouve dans la Constitution elle-même, si l'on suit l'interprétation extensive, certes, mais *logique* que nous proposons ici. Il ne s'agit donc pas seulement d'une posture ou d'une simple « *démarche intellectuelle*¹³ », selon l'expression du président Debré, inventée par la seule volonté du juge constitutionnel, c'est une volonté du constituant.

Cette volonté du constituant de permettre une prise en considération par le juge (constitutionnel) des travaux préparatoires dans l'interprétation des normes juridiques est confortée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision n° 2005-532 DC¹⁴, a fait naître une exigence constitutionnelle de clarté et de sincérité des débats parlementaires. Dans cette décision fondatrice de cette exigence constitutionnelle, il est vrai, le Conseil n'a pas cité comme base juridique à cette exigence les dispositions de l'article 33 de la Constitution. Mais le couple publicité / publication des débats, d'un côté, prévues par la Constitution, et, le couple clarté / sincérité de débats, exigées par le juge constitutionnel, sont incontestablement constitutionnellement liés par le cordon de l'article 33 de la Constitution.

Enfin, bien que le Conseil constitutionnel n'ait jamais fait le lien entre l'utilisation de la technique du recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation des normes et les dispositions de l'article 33 de la Constitution dans sa jurisprudence, le lien paraît évident pour l'observateur extérieur d'une telle technique d'interprétation. Ces dispositions sont donc un fondement juridique constitutionnel pour la notion de travaux préparatoires comme instrument d'interprétation du droit.

Le second pilier constitutionnel de la notion de travaux préparatoires que l'on va voir est fondé sur les dispositions originelles ou, pourrait-on dire, traditionnelles – toujours en vigueur – de l'article 1156 du Code civil.

2. Racines constitutionnelles par tradition de la notion de travaux préparatoires comme instruments de l'interprétation du droit : l'article 1156 du Code civil

¹¹ François Gén¹¹, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, LGDJ, 1919, BU Cujas, p. 27. Dans ce passage, en effet, l'auteur précise : « Il faut bien, puisque la formule [juridique] reste muette et close, pénétrer par d'autres voies, la volonté qui l'a inspirée, dégager l'esprit de la loi, pour contrôler, rectifier, compléter, restreindre ou étendre sa lettre. Ainsi, on va chercher, à tout prix, et à tout risque, l'intention du législateur dans mille circonstances extrinsèques à la loi, dans celles surtout qui ont accompagné sa naissance, et qui, habilement surprises, permettront de la féconder, même d'en multiplier les effets. Ici prennent place les procédés d'investigation auxiliaire, qui constituent la monnaie courante de notre méthode traditionnelle. D'abord l'examen des travaux préparatoires de la loi, dont la valeur toute relative dépend surtout du mode constitutionnel suivi pour sa confection, mais qui ne sauraient que bien rarement apporter la certitude complète sur un texte obscur ou équivoque. »

¹² Henri Capitant, *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, Dalloz-Sirey, 1977, pp. 204-216.

¹³ L'actuel président du Conseil constitutionnel, M. Jean-Louis Debré, qualifie cette méthode d'interprétation consistant à recourir aux travaux préparatoires de « *démarche intellectuelle* » du juge, dans sa réponse à un questionnaire que nous lui avons soumis pour notre mémoire de recherche portant sur *La technique de l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel français à travers les travaux parlementaires* (2012).

¹⁴ V. 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Cons. 25. Pour une vision plus largement détaillée de ces exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires, V. Brunessen Bertrand, *L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Etude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la V^{ème} République*, RDP, Octobre 2010, n° 2, pp. 431 et s.

Selon un courant doctrinal ancien, dont Henri Capitant fut sans doute l'un des instigateurs en France¹⁵, l'interprétation du droit peut être assimilée, d'une certaine manière et à maints égards, à celle des contrats. C'est pourquoi, il n'est pas incongru de voir un fondement juridique de la notion de travaux préparatoires dans les dispositions de l'article 1156 du Code civil. Il faut noter que les dispositions de cet article se trouvent sous une section du Code civil relative à « *l'interprétation des conventions*¹⁶ », d'où l'intérêt que manifesta Henri Capitant pour elles en les rapprochant de l'interprétation des normes juridiques.

Cet article plus que bi-séculaire dispose en effet qu'« *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.* »

A la surprise générale, la Cour de cassation nie tout caractère impératif aux dispositions de cet article 1156 du Code civil, et c'est malgré la clarté de ces termes¹⁷, notamment la présence du verbe *devoir* employé au présent de l'indicatif. Et depuis 1808, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est au juge du fond qu'il revient souverainement d'interpréter et d'apprécier la portée des conventions¹⁸ sous l'égide de ces dispositions qualifiées platement comme étant non impératives.

Ces dispositions ont-elles valeur constitutionnelle ? La réponse à une telle question paraît à première vue simple, mais au fond, quand on réfléchit un peu plus, on se rend compte que ce n'est pas si évident que cela, comme toutes les questions juridiques. On aurait pu dire de manière hâtive que ces dispositions sont dénuées de toute valeur constitutionnelle du fait de leur seul caractère législatif. Cependant, compte tenu de l'ancienneté de ces dispositions législatives, il n'est pas inutile de questionner leur valeur – constitutionnelle – à la lumière des fameux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). En effet, les dispositions de l'article 1156 du Code civil sont l'une des plus en plus rares dispositions originelles de ce Code. Elles découlent de la loi n° 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804.

Que dit le Conseil constitutionnel au sujet des PFRLR¹⁹ ? Suivant les critères posés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel à propos des PFRLR, on peut conclure à la quasi constitutionnalité de ces PFRLR, et la valeur constitutionnelle ou pas des dispositions de l'article 1156 du Code civil n'est pas simple à déterminer, bien que le Conseil constitutionnel n'ait donné ouvertement une telle valeur qu'à un seul PFRLR, celui de la liberté d'association dans sa décision n° 71-44 DC.

On sait cependant que – à lire le Professeur Dominique Rousseau s'appuyant sur la décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013 – « *ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 qu'une règle qui intéresse les droits et les libertés fondamentaux, la souveraineté nationale et l'organisation*

¹⁵ Henri Capitant, *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, Dalloz-Sirey, 1977, pp. 204-216.

¹⁶ V. Section V « *De l'interprétation des conventions* » du Chapitre III, du Titre III, du Livre troisième, du Code civil.

¹⁷ V. par exemple Civ. 1^{ère}, 6 mars 1979, Bull. civ. I, n° 81.

¹⁸ V. par exemple Cass., 2 février 1808, GAJC, 11^{ème} édition, n° 159.

¹⁹ Pour une vision générale et plus complète des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, V. Marie-Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 2013, pp. 605 et s., n° 1653 et s. ; Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2013, pp. 99 et s., n° 92 et s.

*des pouvoirs publics.*²⁰ » L'interprétation en bonne et due forme par un juge impartial et indépendant d'un contrat selon la réelle volonté des parties n'est-elle pas à la fois un droit et, en quelque sorte, une liberté, celle de contracter, fondamentaux au moins pour les parties au contrat ? Cela se discute.

Ensuite vient un autre critère, celui de la constance *des* lois de la République qui ont répété le principe pouvant être qualifié de PFRLR. En effet, comme le souligne la professeure Marie-Anne Cohendet, l'expression « **Les lois [contenue dans le titre des PFRLR] tout d'abord, dans la jurisprudence du Conseil, cela signifie non seulement plusieurs lois, mais toutes les lois car cette reconnaissance doit être répétée de manière constante.** »

Cependant, malgré ces critères restrictifs à la qualification des PFRLR, le poids de la tradition républicaine, constante ou pas, ne laisse pas les esprits des individus indifférents. Ainsi, dans sa décision 2013-669 DC relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le Conseil constitutionnel a relaté les arguments des requérants selon lesquels « [...] l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe méconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ;²¹ »

Et le Conseil a répondu en ces termes à l'argument : « 21. Considérant, en deuxième lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait « naturellement » l'union d'un homme et d'une femme ;²² ».

Il est vrai que – fidèle à sa jurisprudence – le Conseil constitutionnel a battu en brèche l'argument sur la tradition juridique, mais il n'empêche que des esprits ont senti le besoin de tenter l'argument, ce qui montre le poids des traditions juridiques, républicaines ou pas, dès lors que ces traditions ont une certaine cohérence dans l'esprit du vivre-ensemble, but ultime du concept de droit.

Les requérants voyaient également un PFRLR dans le « 'principe de valeur constitutionnelle de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle', proclamé par les lois de la République²³ » pour conclure à un motif d'inconstitutionnalité de l'adoption homosexuelle.

Le Conseil constitutionnel a répondu à cet argument en ces termes : « 56. *Considérant, en premier lieu, que la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir*

²⁰ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel* : « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les principes ayant valeur constitutionnelle », LGDJ, 10^{ème} édition, pp. 99 et s., n° 95.

²¹ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, JO du 18 mai 2013, p. 8281, Texte n° 10, Cons. 18. *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.*

²² *Ibid.*, Cons. 21.

²³ *Ibid.*, Cons. 46.

qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République ; que la législation républicaine antérieure à la Constitution de 1946 relative aux conditions de l'adoption [...] a toujours compris des règles limitant ou encadrant les conditions dans lesquelles un enfant peut voir établir les liens de filiation à l'égard du père ou de la mère dont il est issu ; que notamment, l'action en recherche de paternité a vu son régime juridique modifié par la loi du 16 novembre 1912 sur la déclaration judiciaire de paternité naturelle et que l'action en recherche de paternité des enfants adultérins a été interdite jusqu'à la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation ; que de même les règles relatives à l'adoption de l'enfant mineur ont été modifiées par la loi du 19 juin 1923 sur l'adoption ; qu'ainsi, en tout état de cause, doit être écarté le grief tiré de la méconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de « caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle » ;²⁴ »

On ne peut pas dire que l'argument fondé sur le caractère de PFRLR des requérants à propos de l'adoption soient purement farfelus et d'ordre politicien. En effet, la dernière phrase du premier alinéa du Préambule de 1946 dispose : « Il [le peuple français] réaffirme solennellement [...] les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. » Les PFRLR, à lire cette disposition constitutionnelle, ne sont réaffirmés que pour le seul fait qu'ils trouvent leur place dans la « tradition républicaine » évoquée par les requérants. Les critères-conditions de ces PFRLR ne sont posés que par la seule volonté du juge constitutionnel pour restreindre cette catégorie de normes constitutionnelles dans leur qualification. Dès lors, on peut se poser la question du bien-fondé de la restriction posée par le Conseil constitutionnel quant à la qualification d'une règle de tradition républicaine d'avant-1946 de PFRLR²⁵, dans la mesure où le texte constitutionnel n'a rien dit d'autres, sinon leur réaffirmation en tant que tels.

Pour ce qui concerne notre discours ici, dans la question : « comment détermine-t-on ce qui est fondamental et ce qui ne l'est pas à propos des PFRLR », les dispositions de l'article 1156 du Code civil qui posent une obligation de recherche d'éléments extrinsèques pour l'interprétation d'un contrat, et, *a fortiori*, d'une disposition juridique, trouvent pleinement leur place.

En conclusion sur ce point, s'il est difficile de qualifier ces dispositions du Code civil de constitutionnelles, on peut dire que leur continuité existentielle dans la tradition républicaine depuis 1804 leur confère une autorité plus que considérable du point de vue des techniques de l'interprétation juridique par le juge (constitutionnel). Cette considération plaide là encore en faveur de la technique interprétative du recours aux travaux préparatoires, en tant qu'éléments extrinsèques, dans l'interprétation des normes.

B) Elargissement du champ des éléments constitutifs de la notion de travaux préparatoires par le Conseil constitutionnel français

On a vu plus haut que les dispositions de l'article 33 de la Constitution ne parlent que des débats purement parlementaires. Si les débats parlementaires font parties intégrantes de la notion de travaux préparatoires considérée ici, ils ne sont pas les seuls à pouvoir éclairer le juge (constitutionnel) dans son œuvre d'interprétation du droit. D'où le constat d'un

²⁴ *Ibid.*, Cons. 56.

²⁵ Sachant que l'on ne défend pas ici une posture particulière du juge constitutionnel mais on se place sur le strict terrain du droit et de son interprétation, sans aucun préjugé ni prescription de notre part.

élargissement de la notion de travaux préparatoires dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, on peut observer que le Conseil constitutionnel passe du stade des simples et purs débats ou travaux parlementaires (1) pour aboutir à des travaux préparatoires périphériques ou extraparlimentaires, élargissant ainsi le champ de cette notion dans sa jurisprudence (2).

1. Des travaux et débats purement parlementaires...

D'après les réponses du président Jean-Louis Debré au *questionnaire* (déjà cité) que nous lui avons soumis en investigation sur cette méthode d'interprétation juridique, « *les débats parlementaires sont ceux qui se déroulent en commission et en séance publique dans les deux assemblées du Parlement [...]* », alors que « *les travaux parlementaires[assimilés aux travaux préparatoires] sont plus larges, puisqu'ils incluent, outre les débats, les rapports législatifs de l'Assemblée nationale et du Sénat.* » Ces considérations suscitent bien des commentaires, tant sur la forme que sur le fond, mais on s'abstiendra de le faire ici.

Au début de son fonctionnement, compte tenu de la prééminence de Charles de Gaulle, notamment, qui a manifesté sa volonté dès 1964 de contrôler l'ensemble des pouvoirs sous sa coupe du seul fait qu'il soit élu directement par le peuple²⁶, le Conseil constitutionnel ne pouvait pas se permettre de prendre des risques, c'est-à-dire de s'aventurer sur des terrains interprétatifs trop risqués.

En effet, la notion de volonté législative est une notion – jusque dans les années 1970 où le Conseil constitutionnel va commencer à assumer réellement son rôle social, démocratique et constitutionnel – bien ancrée dans l'esprit des juristes français. On a déjà évoqué plus haut les réserves de François Gény à la fin du XIX^{ème} siècle et le rejet total d'Henri Capitant au début du XX^{ème} siècle quant à l'utilité de la méthode dite historique d'interprétation des normes juridiques à travers les travaux préparatoires.

Dans ce contexte où le pouvoir exécutif, le chef de l'Etat en premier lieu, répète sans cesse qu'il est le seul pouvoir totalement légitime et incontestable²⁷, on comprend que le Conseil constitutionnel ne pouvait pas se donner trop de liberté jurisprudentielle. C'est dans les années 1970, en effet, De Gaulle n'étant plus aux affaires de la France, qu'il va inverser la tendance dans sa décision n° 71-44 DC, dite liberté d'association. Dans cette décision, que le Professeur Rousseau qualifie de révolution constitutionnelle, le Conseil constitutionnel semble en effet affirmer pleinement son pouvoir de contrôle en se permettant même de mesurer la volonté du législateur à l'aune des débats parlementaires pour une délibération constitutionnelle, sans doute, plus objective ou plutôt plus transparente aux yeux des citoyens justiciables auxquels les normes juridiques vont s'appliquer.

Le Conseil affirme en effet : « *Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;*²⁸ » Dans cette décision, avec l'intégration de la méthode du

²⁶ V. Marie-Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Coll. : « Cours », 2013, p. 460, n° 1242.

²⁷ *Ibid.* De Gaulle a fait savoir, dans une conférence de presse le 31 janvier 1964, rapportée par professeure Cohendet, « *qu'il n'en existe aucune autre [autorité], ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par [le président de la République].* »

²⁸ V. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, JO du 18 juillet 1971, p. 7114, Cons. 5. *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.*

recours aux travaux parlementaires, en l'occurrence les débats, le contrôle de constitutionnalité de la loi, volonté législative ordinaire, est total ; le juge constitutionnel ne se contentant plus du *textualisme*²⁹ pour délibérer, il prend en compte des éléments extrinsèques au texte pour décider objectivement l'interprétation à donner à la loi qui lui est soumise avant sa mise en application.

Ainsi, les travaux préparatoires – parmi d'autres instruments de contrôle de constitutionnalité des lois – jouent un rôle de preuves aux yeux du juge constitutionnel. Il s'agit là de la preuve de l'intention du législateur qui est recherchée dans les travaux préparatoires et confrontée aux normes constitutionnelles de référence dans cette décision. Le juge constitutionnel canadien utilise également cette méthode d'interprétation du droit qualifiée de « *legislative history* » (histoire législative) par des juristes canadiens. C'est le cas du constitutionnaliste canadien, Peter W. Hogg, qui voit dans les travaux préparatoires des « *modes of proofs*³⁰ » (modes de preuves).

Il est inutile de passer en revue toutes les décisions du Conseil constitutionnel depuis cette décision de 1971 ayant fait références aux travaux parlementaires de la norme contrôlée pour apprécier la clarté et / ou la sincérité ou la précision des textes législatifs. Cette décision de 1971 montre et démontre bien l'encrage de cette méthode d'interprétation dans le langage et la jurisprudence constitutionnels. Mais le Conseil va élargir ces travaux dits parlementaires à d'autres travaux qu'on peut qualifier de périphériques qui contribuent d'emblée au contenu de la notion de travaux préparatoires, plus larges que les seuls débats ou travaux strictement parlementaires.

2. ... aux travaux préparatoires périphériques des normes

A côté des débats ou travaux parlementaires dont la publicité et la publication sont exigées par les dispositions de l'article 33 de la Constitution, d'autres travaux préparent à la confection des normes juridiques (législatives).

Le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu définit les travaux préparatoires comme étant l'« *Ensemble des activités et documents (exposés des motifs ou propositions, rapports, discussions, etc.) qui, dans le processus d'élaboration d'un acte juridique (par ex. la loi), ont précédé la manifestation définitive de la volonté de son auteur et sont de nature à éclairer sa signification.*³¹ »

Ainsi établie, la définition des travaux préparatoires semblent s'inspirer très largement de l'ensemble des « *activités et documents* » - de manière non exhaustive, que ceux-ci soient du fait strictement du Parlement ou pas – qui fondent les raisons de la volonté des législateurs (ou du *ratio legis*). Cette définition large de la notion de travaux préparatoires par la doctrine est confortée par ce que l'on peut observer dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français.

²⁹ Le *textualisme* est cette méthode d'interprétation du droit, très développé aux Etats-Unis où le Justice Stephen Breyer de la Cour suprême des Etats-Unis plaide pour son assouplissement notamment en faveur des objectifs démocratiques fondamentaux : V. Stephen Breyer, *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, 2007, pp. 121 et s. Il signifie que le juge ne doit se cantonner qu'au texte de la loi qui lui est soumise pour l'interpréter afin de rester le plus fidèlement possible à la volonté de son auteur.

³⁰ Peter Wardell Hogg, *Constitutional law of Canada*, Thomson/Carswell, 2007, Ch. 60 : « *Proof* » (pp. 797-814), pp. 806 et s.

³¹ Gérard Cornu (Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, p. 784.

Quatre décisions du Conseil constitutionnel ont donné un sens préparatoire et surtout parlementaire à des travaux périphériques aux débats parlementaires nés au sein et par le fait du Parlement. Ces quatre décisions ont été rendues par le Conseil respectivement en 1980, 2003, 2005 et 2013.

Dans sa décision n° 80-122 DC, le juge de la rue Montpensier a décidé : « 3. *Considérant que cette loi, qui établit pour la justice pénale dans les territoires d'outre-mer une organisation spécifique tenant compte des conditions propres à chacun d'eux, constitue un élément de l'organisation particulière de ces territoires et aurait dû, en application de l'article 74 de la Constitution, être précédée d'une consultation des assemblées territoriales intéressées ; que, dès lors, une telle consultation n'ayant pas eu lieu, ces dispositions n'ont pas été adoptées selon une procédure conforme à la Constitution* »³² »

Dans une deuxième décision n°2003-468 DC, se fondant sur l'article 39 de la Constitution, il a jugé : « 7. *Considérant que, si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'Etat* ; que, par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'Etat lors de sa consultation »³³ »

La sentence est sans appel en cas de non-respect d'une telle condition : « 8. *Considérant, en l'espèce, qu'en substituant, pour l'accès au second tour des élections régionales, un seuil égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits au seuil de 10 % du total des suffrages exprimés retenu par le projet de loi soumis au Conseil d'Etat, le Gouvernement a modifié la nature de la question posée au Conseil d'Etat* ; que ce seuil de 10 % des électeurs inscrits n'a été évoqué à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'Etat ; que les requérants sont dès lors fondés à soutenir que cette disposition du projet de loi a été adoptée selon une procédure irrégulière »³⁴ »

Dans une troisième décision n° 2005-512 DC, sous une forme comparable à la précédente, le Conseil constitutionnel a décidé : « *qu'en vertu de l'article 70 de la Constitution, " tout projet de loi de programme à caractère économique ou social " est soumis pour avis au Conseil économique et social* »³⁵ ».

Là encore le non-respect d'une telle procédure est fatal pour la volonté définitive du législateur car le Conseil n'a pas hésité à considérer : « 14. *Considérant, en l'espèce, que, dès le dépôt du projet dont est issue la loi déferée sur le bureau de la première assemblée saisie, le rapport annexé à celle-ci se rattachait à la catégorie des lois de programme ; qu'en effet, bien qu'ayant fait l'objet de nombreux amendements parlementaires au cours de son examen, il a toujours eu pour objet de faire approuver par le Parlement des dispositions dénuées d'effet juridique, mais fixant des objectifs qualitatifs et quantitatifs à l'action de l'Etat en matière éducative ; que, dès lors, en vertu de l'article 70 de la Constitution, il aurait dû être soumis pour avis au Conseil économique et social ; que l'omission de cette formalité*

³² V. Décision n° 80-122 DC du 22 juillet 1980, JO du 24 juillet 1980, p. 1869, Rec., p. 49, Cons. 3. *Loi rendant applicable le code de procédure pénale et certaines dispositions législatives dans les territoires d'outre-mer.*

³³ V. Décision n° 2003-468 DC du 03 avril 2003, JO du 12 avril 2003, p. 6493 Rec., p. 325, Cons. 7. *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.*

³⁴ *Ibid.*, Cons. 8.

³⁵ V. Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, JO du 24 avril 2005, p. 7173, Texte n°2, Cons. 10, Rec. p. 72. *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.*

substantielle a entaché la régularité de la procédure mise en œuvre pour son approbation
;³⁶ »

Enfin, dans sa décision n° 2013-682 DC, le Conseil constitutionnel a mis en avant un avis du Haut conseil des finances publiques comme travaux préparatoires de la vraie intention des législateurs, en décidant : « 4. *Considérant, en premier lieu, que le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 a été fondé sur des prévisions de croissance de 0,1 % en moyenne annuelle pour 2013 et de 0,9 % pour 2014 ; que, dans son avis susvisé, le Haut conseil des finances publiques a estimé que si « les prévisions de croissance sont plausibles », « le scénario macroéconomique présente des éléments de fragilité » ; 5. Considérant qu'il ne ressort ni de l'avis du Haut conseil des finances publiques ni des autres éléments soumis au Conseil constitutionnel que les hypothèses économiques sur lesquelles est fondée la loi de financement de la sécurité sociale soient entachées d'une intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre de la loi déferée »³⁷ »*

Il existe donc une absence de défaut de sincérité de la part des parlementaires de la majorité dans les débats : « 7. *Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs tirés du défaut de sincérité de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 doivent être écartés* »³⁸ » Autrement dit, si le projet et les débats portant sur la loi déferée avaient méconnu les travaux d'experts³⁹ du Haut conseil, la procédure législative aurait été considérée comme faussée par le Conseil constitutionnel et justifierait, par conséquent, une censure constitutionnelle de la disposition contestée.

Ces quatre décisions montrent très clairement la complémentarité entre les travaux purement parlementaires et les travaux périphériques auxquels la Constitution soumet le Parlement. Tous ces travaux issus d'organes autres que le Parlement lui-même entrent, selon nous, à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle du Conseil constitutionnel, dans la définition de la notion de travaux préparatoires des normes législatives.

Mais le Conseil constitutionnel ne pousse pas trop le bouchon quant à l'élargissement du débat démocratique à ces instances extraparlémentaires, il essaie de rester le plus possible dans l'esprit de la Constitution de 1958 pour ne pas empêcher le gouvernement d'agir, en jugeant toutefois : « 20. *Considérant, en premier lieu, que les dispositions de l'article L. 2 du code du travail ont valeur législative ; que ni les dispositions du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle, et notamment l'article 39 de la Constitution, n'obligent le Premier ministre à faire précéder d'une négociation entre les partenaires sociaux la présentation au Conseil d'État, au Conseil des ministres et au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail »⁴⁰ »*

³⁶ Ibid., Cons. 14.

³⁷ Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, JO du 24 décembre 2013, p. 21069, Texte n° 4, Cons. 4 et 5. *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*.

³⁸ Ibid., Cons. 7.

³⁹ Dans ces domaines techniques où la connaissance du juge est limitée, les travaux d'experts sont largement considérés par lui comme étant l'intention obligée du législateur. Il serait de même des travaux du Comité national d'éthique. Ainsi, ces instances sont considérées comme des quasi-assemblées parlementaires à côté des deux chambres du Parlement.

⁴⁰ Décision n° 2013-684 DC du 29 décembre 2013, JO du 30 décembre 2013, p. 22232, Texte n° 7, Cons. 20. *Loi de finances rectificative pour 2013* ; Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, JO du 30 décembre 2013, p. 22188, Texte n° 3, Cons. 152. *Loi de finances pour 2014*.

Néanmoins, dans ces travaux préparatoires extraparlimentaires ou périphériques, notamment, il n'est nullement la simple recherche par le juge constitutionnel de l'objectif, de l'intention ou de la volonté des législateurs. Il y a un lien serré entre ces travaux périphériques et la notion de démocratie constitutionnelle. Le juge étant le premier acteur central, à la fois sujet et objet de cette démocratie constitutionnelle, le respect des assemblées péri-parlementaires et de leurs travaux qu'il impose au Parlement officiel contribuent largement à la protection et au confort de son rôle de créateur de droit au côté des législateurs et de sa légitimité dans son rôle inévitable de créateur de droit.

II – NOTION DE TRAVAUX PREPARATOIRES ET NOTION DE DEMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE : UN MARIAGE PROTECTEUR DU RÔLE DE CREATEUR DE DROIT DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Le juge constitutionnel français contribue à sa manière – par sa jurisprudence – à ce qu'on peut appeler la popularité des travaux préparatoires dans l'interprétation des normes législatives qui lui sont soumises (A) par l'usage qu'il en fait. Cette position du juge constitutionnel en faveur des travaux préparatoires dans l'interprétation du droit est loin d'avoir pour unique objectif de rechercher le simple *ratio legis*, comme on ne cesse de le répéter souvent, elle est surtout une technique interprétative jurisprudentielle constitutionnelle contribuant à masquer ou plutôt à dissimuler le rôle et le pouvoir de créateur de droit du juge et par là-même à renforcer sa légitimité en tant que créateur de droit (B).

A) Démocratie constitutionnelle et popularité des travaux préparatoires

Dans une émission de la station de Radio France Inter du 10 avril 2014⁴¹ à laquelle professeure Cohendet participait, un reportage montrait combien les citoyens ont soif de connaître la manière dont les décisions parlementaires – autrement dit, les lois – sont élaborées et prises par les législateurs. Ils considèrent que l'ouverture (publicité et publication) des séances de débats au public permet de mieux comprendre les règles qui s'appliquent à eux. On comprend donc pourquoi le juge constitutionnel français a, dès 1975, dégagée « *des règles de valeur constitutionnelle de la procédure législative*⁴² » qu'il a complétées en 2005 avec les « *exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires*⁴³ » et les « *objectifs d'intelligibilité et d'accessibilité*⁴⁴ » de la loi. Cette position du Conseil peut être vue – selon Bruno Genevois – comme contribuant au contrôle de « *constitutionnalité externe*⁴⁵ » des lois par le juge constitutionnel. En utilisant les travaux préparatoires dans ses décisions et en imposant ces exigences constitutionnelles aux parlementaires tout au long de la procédure législative, le Conseil constitutionnel a contribué par là-même à leur popularité dans la conception même de ce qu'on appelle la démocratie constitutionnelle. Ainsi, les travaux préparatoires participent à la construction du concept de démocratie constitutionnelle (1). L'élargissement de ces travaux préparatoires des normes,

⁴¹ *Réflexions sur les institutions (Tartuffe 1^{ère} partie)* à écouter sur : <http://www.franceinter.fr/emission-3d-le-journal-tartuffe-premiere-et-deuxieme-partie> (consulté le mardi 22 avril 2014).

⁴² V. Décision n° 75-57 DC du 23 juillet 1975, Cons. 1, commentée par Bruno Genevois, *L'enrichissement des techniques de contrôle*, Colloque du Cinquantenaire du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel, Hors-série 2009, 3 novembre 2009.

⁴³ V. Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, Cons. 25, commentée par Brunessen Bertrand, *L'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire. Etude sur un concept régulateur de la procédure législative sous la V^{ème} République*, RDP, oct. 2010, n° 2, p. 431.

⁴⁴ V. décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, JO du 30 juillet 2004, p. 13562, Rec. p. 116, Cons. 13. *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.

⁴⁵ Bruno Genevois, *L'enrichissement des techniques de contrôle*, *op. cit.*

comme on vient de le voir, à des instances hors du Parlement a un impact conséquent sur le débat public, impact qu'on démontrera sous la dénomination de *pluralisme délibératif* (2).

1. Le concept de démocratie constitutionnelle conforté par la popularité des travaux préparatoires

Il serait bien trop prétentieux de donner à comprendre qu'on définira ici le concept de démocratie constitutionnelle émergé essentiellement dans les années 1990 après une première ébauche dans les années 1960⁴⁶. Il convient de se reporter notamment aux travaux du professeur Dominique Rousseau⁴⁷, fervent défenseur de ce concept. Ainsi, il n'est ici prétention que d'évoquer quelques éléments de base permettant de saisir l'objectif et le sens de notre propre réflexion.

Le concept de démocratie constitutionnelle n'est pas étranger à celui de démocratie par le droit mis en lumière par les travaux de la Commission de Venise. Celle-ci, dont le but principal est de promouvoir la démocratie de manière douce dans nos sociétés actuelles, permet de cerner ce concept par la déclaration suivante : « *La qualité de la démocratie ne dépend pas uniquement de la qualité des lois, mais aussi de leur mise en œuvre, la Commission organise, entre autres, des séminaires et des conférences en partenariat avec les cours constitutionnelles, les parlements, les commissions électorales centrales et les universités.* »⁴⁸ La création du droit par le juge constitutionnel est donc un élément substantiel de la promotion de la démocratie qu'on qualifier de « constitutionnelle ».

Professeur Rousseau a mis en lumière le concept de démocratie constitutionnelle avec la montée en puissance du juge constitutionnel par le jeu de la délibération. La délibération au sein d'une instance de justice est donc comparable à la délibération au sein du Parlement au sens où les décisions qui ressortent de ces deux instances délibératives sont fondées sur le jeu démocratique. Cet état de fait – la similarité entre « *délibération législative* » et « *délibération judiciaire* » – a été souligné récemment encore par le professeur Jean Gicquel dans un colloque au Sénat⁴⁹. La subjectivité qui entachait jusque-là les décisions juridictionnelles n'a plus lieu d'être (?), l'interprétation du droit dégagée par le juge est une décision démocratique alors même que les citoyens-justiciables ne peuvent pas ou ne doivent pas influencer sur les débats et décisions de justice. Mais comment croire dans un tel concept juridique sans voir le droit *interprété* comme une simple « *supercherie* »⁵⁰, tel que semblait le voir Dworkin en son temps ?

⁴⁶ V. Carl Joachim Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, PUF, 1958, 357 p. (cité par Bastien François in « *Justice constitutionnelle et 'démocratie constitutionnelle'*. Critique du discours constitutionnaliste européen », Droit et politique, PUF, 1993, p. 59).

⁴⁷ Dominique Rousseau, *La Constitution ou la politique autrement*, Dossier « Le droit contre la politique », Le Débat, n° 64, 1991/2 ; Dominique Rousseau et Alexandre Viala, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 2004, p. 237- 242 ; Dominique Rousseau, *Constitutionnalisme et démocratie*, La vie des idées, Septembre 2008 (http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919_drousseau.pdf - consulté le vendredi 18 avril 2014), p. 17.

⁴⁸ Voir le site internet de la Commission (http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_Presentation - consulté le mercredi 16 avril 2014).

⁴⁹ Colloque : « *Le bicamérisme à la française, un enjeu pour la démocratie* », Sénat, jeudi 17 avril 2014 (<http://videos.senat.fr/video/videos/2014/video22510.html> - consulté le vendredi 18 avril 2014).

⁵⁰ Ronald Dworkin, *La théorie du droit comme interprétation*, Droit et Société 1-1985, p. 103, §2.

Professeur Rousseau, rejoint par Professeur Denquin⁵¹ entre autres, ne croit plus à l'élection comme seule processus de légitimité démocratique. La méthode délibérative adoptée par le juge (constitutionnel) – et la combinaison d'autant de méthodes que possibles⁵² dans cette délibération – contribue au premier chef au fondement de cette démocratie qu'incarne le juge de la loi. Par ces méthodes que le juge peut combiner, se retrouve celle qui consiste à recourir aux travaux préparatoires pour éclairer tant la norme interprétée que la norme de référence.

Pour ce qui concerne les normes interprétées, les exemples mentionnés plus haut nous semblent suffisants pour ne pas revenir là-dessus. En revanche, pour ce qui concerne les normes de référence, une analyse de la jurisprudence constitutionnelle s'impose. En notre connaissance, près d'une petite dizaine de décisions du Conseil constitutionnel ont fait référence aux travaux préparatoires d'une norme constitutionnelle de référence, dont deux nous semblent particulièrement intéressantes ici. Analysons-les successivement.

Commençons par la plus récente. Il s'agit de la décision n° 2012-297 QPC. Dans cette décision le Conseil constitutionnel a décidé : « 6. *Considérant, toutefois, qu'il ressort tant des travaux préparatoires du projet de la Constitution du 27 octobre 1946 relatifs à son article 1er que de ceux du projet de la Constitution du 4 octobre 1958 qui a repris la même disposition, qu'en proclamant que la France est une « République. . . laïque », la Constitution n'a pas pour autant entendu remettre en cause les dispositions législatives ou réglementaires particulières applicables dans plusieurs parties du territoire de la République lors de l'entrée en vigueur de la Constitution et relatives à l'organisation de certains cultes et, notamment, à la rémunération de ministres du culte ;*⁵³ »

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel confirme le rôle de preuves historiques de la réelle intention des législateurs (constituants) que jouent les travaux préparatoires dans l'interprétation du droit. Au Canada, cette méthode d'interprétation est qualifiée de « *Historical interpretation*⁵⁴ » (interprétation historique) par Pierre-André Côté, ou encore « *Modes of Proofs*⁵⁵ » (modes de preuves) par Peter W. Hogg. Les travaux de ces deux auteurs prouvent la complémentarité qui existe entre l'histoire et le droit – comme l'a montré récemment Michel Troper⁵⁶ – ou plus précisément entre le droit et sa propre histoire.

⁵¹ Jean-Marie Denquin, *Que veut-on dire par « démocratie » ? L'essence, la démocratie et la justice constitutionnelle*, Jus Politicum, n° 2, 2009 (http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP2_Denquin_democratie.pdf - consulté le vendredi 18 avril 2014).

⁵² François Gény énuméra déjà en 1899 de manière critique les différentes méthodes et outils d'interprétation juridique (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, LGDJ, 1919, BU Cujas, pp. 26-31) dont la méthode grammaticale, la logique, les travaux préparatoires, la coutume, l'équité, les principes généraux du droit, l'extension par analogie, l'argument *a contrario*, l'induction... Aujourd'hui ces méthodes et instruments d'interprétation du droit se trouvent englobés dans les deux grands courants de la théorie de l'interprétation que sont le réalisme ou le conséquentialisme et le légicentrisme.

⁵³ Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, 23 février 2013, p. 3110, Texte n° 80, Cons. 6. *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]*.

⁵⁴ V. Pierre-André Côté, *The interpretation of legislation in Canada*, Les Editions Yvon Blais, Inc, 1992, BU Cujas (interprétation historique), pp. 345 et s.

⁵⁵ Peter Wardell Hogg, *Op. cit.*

⁵⁶ Michel Troper, *L'histoire du droit et la théorie générale du droit*, *Storia e diritto* (pp. 317-327), pp. 317-318.

En ce qui concerne le principe de laïcité dont il est question dans cette décision, il est vrai que les débats autour des dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution de 1946⁵⁷, notamment entre Marcel Martin, rapporteur du projet de Constitution en discussion devant le Conseil d'Etat, et Périer de Féral, membre de la Commission, dispositions reprises par la Constitution de 1958, n'ont pas évoqué l'étendu du principe de laïcité par rapport à la rémunération de cultes en Alsace-Lorraine. Mais là encore le Conseil constitutionnel semble interpréter différemment les travaux préparatoires sur lesquels il se fonde. Dans cette décision, on peut remarquer que le Conseil constitutionnel ne fait que conforter une position que, de toute façon, il aurait du mal à ne pas adopter compte tenu à la fois de l'ancienneté, de la constance ou de la continuité des dispositions particulières qui ont toujours été appliquées à cette partie de la France en matière religieuse. S'il n'avait pas adopté cette position en prenant appui sur les travaux préparatoires, il aurait été conduit à conforter sa position en rappelant sa décision 2011-157 QPC⁵⁸ ayant dégagé le « *particularisme du droit applicable dans les départements de Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*⁵⁹ » comme un PFRLR.

L'autre décision que l'on souhaite évoquer ici est beaucoup plus parlante encore, c'est la décision n° 77-82 DC. Il y a été demandé au Conseil constitutionnel de se déclarer compétent pour contrôler la recevabilité *a posteriori* des amendements à l'Assemblée nationale. Par cette décision, le juge de la rue Montpensier a en effet jugé : « 2. *Considérant que, des travaux préparatoires de la Constitution, et notamment du fait que l'article 40 de cette dernière n'a pas repris les dispositions de l'article 35 de l'avant-projet de Constitution*⁶⁰ *soumis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958, aux termes desquelles le Conseil constitutionnel aurait été appelé à intervenir avant l'achèvement de la procédure législative en cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, il résulte qu'un contrôle de la recevabilité de ces initiatives doit être mis en œuvre au cours des débats parlementaires et effectué alors par des instances propres à l'Assemblée nationale et au Sénat* »⁶¹ »

Dans cette seconde décision, les travaux préparatoires ne sont pas seulement des éléments de preuves historiques, ils sont, admettons-le, le droit lui-même en tant qu'ils se substituent purement et simplement à l'interprétation du juge constitutionnel. Celui-ci ne fait ainsi que constater une preuve parfaite de la volonté du constituant de 1958 lui faisant économiser un effort interprétatif qui pourrait lui pousser sur le terrain de la mise en jeu de sa légitimité et, par conséquent, de son pouvoir de création. Autrement dit, sans l'éclairage des travaux préparatoires, la décision du Conseil constitutionnel aurait sans nul doute été bien différente. Il serait amené à répondre, soit en acceptant sa compétence pour le contrôle de la recevabilité des amendements – ce qui risquerait de déplaire aux parlementaires de la majorité, le texte de la Constitution étant muet sur la question posée, soit en déclinant sa compétence – ce qu'il a

⁵⁷ V. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Vol. III, « *Du Conseil d'Etat au référendum, du 20 août au 28 septembre 1958* », La Documentation française, février 1991, pp. 294-295.

⁵⁸ Décision n° 2011-157 QPC du 05 août 2011, JO du 6 août 2011, p. 13476, Texte 54), Rec., p. 430, Cons. 4. *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*.

⁵⁹ Propos de Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Constitution de la République française*, Dalloz, 2013, p. XVI.

⁶⁰ V. *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Tome I, La Documentation française, 1987, p. 483 : « *En cas de contestation sur la recevabilité, le Conseil constitutionnel est appelé à statuer à la demande du Gouvernement ou du président de l'Assemblée intéressée.* » (Art. 35, al. 2, Avant-projet de Constitution soumis au Conseil de cabinet les 23 et 25 juillet 1958).

⁶¹ V. Décision n° 77-82 DC du 20 juillet 1977, JO du 22 juillet 1977, p. 3885, Cons. 2, Rec. p. 37. *Loi tendant à compléter les dispositions du code des communes relatives à la coopération intercommunale et notamment de ses articles 2, 4, 6 et 7.* Cette décision n° 77-82 DC est à mettre en rapport avec la décision n° 60-11 DC qui marque la première étape du raisonnement du Conseil constitutionnel.

fait en l'espèce, mais il aurait du mal à trouver un argument totalement valable dans l'un comme dans l'autre des deux cas. La clarté des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 dans cette situation ont évité au Conseil de s'aventurer sur un terrain interprétatif glissant et périlleux.

Et c'est là qu'on voit que le Conseil constitutionnel utilise les travaux préparatoires de manière non linéaire, c'est-à-dire de manière volontairement équivoque, dans l'interprétation des normes. Par exemple, pour ne prendre que cette décision récente n° 2014-692 DC⁶², ayant analysé, entre autres, le droit au travail, le Conseil constitutionnel aurait très bien pu se fonder sur les travaux préparatoires de la Constitution de 1946, très riches sur le sens et l'importance que le constituant de 1946 a voulu accorder au droit au travail⁶³, pour donner un vrai contenu à ce droit *vital* dont dispose l'alinéa 5 du Préambule de 1946, mais il a préféré esquiver la question au point que même un avocat d'affaires voit dans son comportement celui d'un juge constitutionnel qui donne la priorité au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre au détriment du droit au travail de chacun⁶⁴.

Néanmoins, et mis à part le paradoxe de l'équivoque, en travaillant ainsi ou en retravaillant avec les éléments de langage du Parlement pour interpréter la loi, le juge constitutionnel prend toute sa place en tant qu'institution démocratique de la République au même titre que les assemblées législatives et en tant que créateur de droit. Ainsi, « *la justice est [devenue] un [réel pouvoir], un pouvoir de la démocratie*⁶⁵ ».

L'importance accordée par le juge constitutionnel aux travaux des instances extraparlémentaires déjà évoquées plus haut par le Conseil constitutionnel contribue au renforcement du rôle de ces institutions péri-parlementaires face au Parlement ; et cela renforce également la démocratie constitutionnelle voulue par la Constitution et par là-même du rôle de créateur de droit et de la légitimité de ce rôle du juge constitutionnel. La démocratie constitutionnelle étant entendue ici comme la pluralité des organes de production du droit par la pluralité des lieux de débats dans une société civilisée.

2. L'impact des travaux préparatoires sur le concept de démocratie constitutionnelle : naissance d'un pluralisme délibératif dans le mécanisme de la conception normative

⁶² Décision n° 2014-692 du 27 mars 2014, JO du 1^{er} avril 2014, p. 6232, Texte n° 4, Cons. 5, 8, 13, 14, 15, 21, 23 et 25. *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*.

⁶³ Le droit au travail est introduit dans le contexte constitutionnel français depuis la Révolution (en 1791) qui voulait « *garantir du travail à tous les citoyens* » (http://davidmhart.com/FrenchClassicalLiberals/Bastiat/Garner_DroitTravailReceuil1848.pdf) – ce que la République n'offre pas de nos jours et le juge constitutionnel semble resté indifférent face à cette situation, alors même qu'il a un rôle fondamental à y jouer. Les débats sur le droit au travail lors de l'élaboration de la Constitution de 1848 rapportent que Alexandre Ledru-Rollin déclara à ceux qui critiquèrent le droit au travail : « *Ils disent : le droit au travail, c'est du socialisme. Je réponds : Non, le droit au travail c'est la République appliquée.* » Professeur Michel Verpeaux, dans une analyse du droit au travail (in *La pauvreté saisie par le droit*, Dominique Gros et Sophie Dion-Loye (dir.), Seuil, Coll. : « Le genre humain », (1999), 2002, p. 185), s'est très bien plongé dans les travaux préparatoires du Préambule de 1946 pour retrouver le sens historique de ce droit constitutionnel. V. également l'analyse historique de Michel Borgetto sur l'alinéa 5 du Préambule de 1946 contenant le principe du droit au travail, pp. 127 et s. in Gérard Conac, Xavier Prétot et Gérard Teboul (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001 (pp. 127-153).

⁶⁴ Christophe Clerc, *La loi Florange : trop ou trop peu ?*, LJA (La Lettre des juristes d'affaires) n° 1156, 7 avril 2014.

⁶⁵ Dominique Rousseau et Daniel Ludet, *La justice, un pouvoir de la démocratie*, Libération, 21 mars 2011 http://www.liberation.fr/societe/2011/03/21/la-justice-un-pouvoir-de-la-democratie_722949.

Il ne serait pas incongru de penser la démocratie constitutionnelle, tel qu'on vient de le voir avec la pluralité des méthodes d'interprétation utilisées par la justice constitutionnelle, avec les principes particulièrement nécessaires à notre temps (PPNNT). L'utilisation des travaux préparatoires dans l'interprétation des normes ne devrait-elle pas être un PPNNT, c'est-à-dire au temps où la justice se veut plus populaire, plus légitime, beaucoup moins technique et beaucoup plus accessible⁶⁶ ? Seul le débat public peut contribuer à la construction de ces PPNNT : démocratie, pluralisme délibératif, liberté d'expression, et tous les principes favorisant le *vivre-ensemble* qui est la finalité même du droit. Les travaux préparatoires sont des débats publics divers et variés comme on l'a vu avec la définition large qu'en donne le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu et avec l'adhésion du juge constitutionnel à cette ouverture des travaux préparatoires – ce qui donne naissance à un pluralisme délibératif particulièrement nécessaire à notre temps présent et à venir dans le mécanisme de la fabrication de la loi. D'ailleurs c'est ce que professeur Rousseau semble partager quand il écrit : « *la nouvelle définition de la loi donnée par le Conseil [constitutionnel] dans sa décision du 23 août 1985 est celui d'une confection de la loi par une pluralité d'acteurs*⁶⁷. » Il est vrai que l'analyse du professeur Rousseau ne comprend pas les acteurs que nous considérons ici dans la fabrication des travaux préparatoires et donc dans le processus d'élaboration de la loi, tels le Conseil d'Etat, le Conseil économique, social et environnemental..., mais l'idéologie est la même, la Constitution de 1958 n'a pas confié la réalisation de la loi dans les mains des seuls députés et / ou sénateurs, mais dans les mains de plusieurs acteurs – ce qui donne naissance à un pluralisme délibératif dans le processus de fabrication de la loi par le jeu de la délibération jurisprudentielle constitutionnelle.

Nous adoptons ici volontiers une attitude conséquentialiste ou utilitariste au sens où nous considérons que, eu égard à l'utilité de la technique du recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation du droit, la Constitution qui exige la publicité et la publication des débats des assemblées législatives n'a pas pu avoir pour autre but que d'en faire une méthode d'interprétation au moins aussi légitime que les autres méthodes plus traditionnelles⁶⁸.

L'utilisation des travaux préparatoires comme mode de preuve de la recherche de la volonté intentionnelle des législateurs marque une forme d'objectivité et d'impartialité de l'interprétation constitutionnelle des normes. L'intérêt porté par le juge constitutionnel aux débats ayant eu lieu en dehors du Parlement – comme on l'a vu plus haut – marque un impact important des travaux préparatoires ainsi largement définis sur le concept de démocratie constitutionnelle telle que nous l'aborde professeur Rousseau par le jeu de la délibération. Le débat parlementaire, partie intégrante des travaux préparatoires, sort du sein du seul Parlement officiel⁶⁹. Cet état de fait donne lieu à un pluralisme délibératif qui s'exprime au Parlement bien sûr, mais également au sein des organes juridictionnels et consultatifs auxquels renvoie la Constitution.

⁶⁶ L'accessibilité de la justice exige que celle-ci soit claire. Le Conseil d'Etat, pour contribuer à cette clarté exigée de la justice, est sur le point d'exiger l'explication de la méthode d'interprétation du droit utilisée par la juridiction administrative dans ses décisions. V sur ce point le rapport du *Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, Philippe Martin (dir.), membre du Conseil d'Etat, avril 2012, proposition n° 6, p. 29.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁸ On a déjà dressé plus haut une liste des différentes méthodes et outils d'interprétation du droit réalisée par François Gény dans sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* écrite en 1899. Parmi ces méthodes et outils d'interprétation juridique, se trouvent les travaux préparatoires.

⁶⁹ V. Dominique Rousseau, Une démocratie sociale émerge à côté du Parlement, *Libération*, 23 décembre 2013 (http://www.liberation.fr/politiques/2013/12/23/une-democratie-sociale-emerge-a-cote-du-parlement_968629 - consulté le dimanche 20 avril 2014).

Le bicamérisme à la française⁷⁰ – pour paraphraser le titre d'un colloque qui a eu lieu au Sénat en avril dernier – s'il incarne le Parlement officiel, la Constitution a mis en place plusieurs institutions capables de mener des débats publics qui concernent la société républicaine toute entière. C'est là la naissance d'un pluralisme délibératif avec le Parlement bicamériste, certes, mais aussi le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat, la Cour des comptes, le Conseil économique, social et environnemental, etc. Le juge constitutionnel, s'il a un réel pouvoir de créateur de droit, il n'assume pas cette responsabilité tout seul dans sa tâche d'interprète des normes juridiques, les travaux conduits dans toutes les instances délibératives (non exhaustives) précitées y contribuent aussi, et le Conseil les prend en quelque sorte à témoin.

Ainsi, le rôle de troisième chambre qu'on prête au Conseil constitutionnel, s'il est réel, ne s'exerce pas de la même manière que dans les deux chambres traditionnelles du Parlement. C'est une chambre qui a du *surmoi*⁷¹, qui prend du recul, qui regarde loin devant lui. C'est là que la méthode d'interprétation dite conséquentialiste ou téléologique semble être compatible avec celle qui consiste à recourir aux travaux préparatoires dans l'interprétation des normes juridiques. Ceci renforce la popularité nécessaire à la légitimité du juge constitutionnel.

B) Popularité des travaux préparatoires et légitimité du juge constitutionnel dans son rôle de créateur de droit

Comme on l'a vu avec les réflexions du Professeur Rousseau, l'élection, si elle ne peut être purement et simplement remplacée par d'autres modes de manifestation de la démocratie, elle est supplantée par d'autres modes, notamment la délibération, au sens où elle n'est plus considérée comme étant la seule voie démocratique possible. Mais l'élection semble détenir une vertu commune à toute forme démocratique. Cette vertu démocratique commune peut être expliquée par la popularité comme condition de la légitimité de tout organe qui se veut démocratique. L'usage stratégique que fait le Conseil constitutionnel des travaux préparatoires dans l'interprétation des textes juridiques contribue largement à cette popularité dont sa légitimité a besoin (1). Ainsi, en protégeant sa légitimité, c'est son pouvoir de créateur de droit qu'il met à l'abri des critiques (2).

1. La popularité comme condition de la légitimité du juge constitutionnel : entre nécessité et esquive

Professeur Rousseau commence son analyse dans *Constitutionnalisme et démocratie*⁷² par cette interrogation : « *Quelle est la légitimité du juge constitutionnel lorsqu'il censure une loi votée par les représentants du peuple ?* » Les trois mots les plus importants de cette interrogation sont *légitimité*, *juge* et *peuple*. Cette interrogation comprenant ces trois petits mots témoigne du lien *ontologique* entre *légitimité* et *popularité*. Ainsi, la légitimité du juge, comme celle de tout autre organe délibératif, suppose un minimum d'adhésion populaire.

⁷⁰ Déjà cité plus haut (*Le bicamérisme à la française, un enjeu pour la démocratie*).

⁷¹ Hommage à Sigmund Freud qui a théorisé le concept du surmoi dans les années 1930. Ce que l'on veut dire par-là, c'est que le juge constitutionnel prend la mesure des enjeux constitutionnels de l'interprétation des normes juridiques, ce qui le conduit, non seulement à reprendre les travaux préparatoires parlementaires pour forger une forme d'objectivité et d'impartialité interprétative autour de lui, mais aussi à tenir compte d'autres travaux, comme d'autres contraintes constitutionnelles, menés par des instances extérieures au Parlement mais reconnues par la Constitution. Cela protège donc la force créatrice du Conseil constitutionnel.

⁷² Dominique Rousseau, *op. cit.*

Toute décision de justice attend d'être acceptée par toutes les classes sociales même si l'on entend souvent de la part de certains juristes – comme Stephen Breyer – que le juge constitutionnel doit « *rendre des décisions qui ne sont pas populaires*⁷³ » pour être un bon juge. Le juge constitutionnel, s'il veut être l'acteur principal de la démocratie constitutionnelle, doit être populaire au moins à minima. Cela, ne serait-ce que pour l'acceptabilité ou l'*interprétativité*⁷⁴ constitutionnelle de ses décisions dans les classes sociales.

La pluralité des sources de production de débats démocratiques constitue un élément majeur dans la protection de la légitimité du juge constitutionnel et de ses décisions. On les a vues, ces sources extra-parlementaires de débats⁷⁵ sont les avis du Conseil d'Etat, du Conseil économique, social et environnemental, des assemblées locales, et bien d'autres instances tels la Cour des comptes, le Défenseur des droits, etc. La Constitution de la V^{ème} République donne en effet à chacun de ces organes un rôle de soutien auprès du Parlement bicaméraliste officiel dans son rôle de concepteur normatif. Ce soutien n'est pas qu'une simple formalité, c'est une formalité *substantielle* qui s'impose au Parlement tant sur le fond que sur la forme.

La multiplication des sources de débats démocratiques affaiblit à plusieurs égards le Parlement. Celui-ci est affaibli, d'abord, parce qu'il n'est plus le lieu privilégié et unique du débat public sur le droit. Il est affaibli, ensuite, parce que les travaux des autres organes de débats et de délibération s'imposent à lui. Il est encore affaibli par l'effectivité constitutionnelle qu'accorde le juge constitutionnel aux travaux de ces instances para-parlementaires. Et c'est sans compter l'affaiblissement du Parlement par le rôle et le pouvoir de plus en plus grands du juge constitutionnel lui-même qui légitime les travaux de ces instances para-parlementaires en question. Mais cet affaiblissement n'est pas un drame pour le fonctionnement des institutions républicaines, bien au contraire, il constitue une vraie et nécessaire *dynamique* du processus de production des normes juridiques et du vivre-ensemble.

Ainsi, si la légitimité du juge constitutionnel demeure technique, donc non protégée par l'élection, celle-ci n'étant plus la seule source de la démocratie, le juge tient sa légitimité par la popularité qu'il accorde aux différents organes péri-parlementaires qui secondent constitutionnellement le Parlement dans le débat public. Par conséquent, l'ouverture des organes délibératifs en des lieux autres que celui du Parlement, l'élargissement des éléments constitutifs de la notion de travaux préparatoires et l'utilisation de ces derniers dans l'interprétation juridique par le juge constitutionnel, est une manière stratégique de protéger sa légitimité démocratique.

Et pour cause, il ressort du rapport précité du Conseil d'Etat sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, explicitant le bienfait des travaux préparatoires dans l'interprétation du droit, qu'« *Il est en effet permis de regretter que des considérations qui paraissent aux yeux du rapporteur essentielles pour justifier la solution qu'il propose, qui*

⁷³ V. une interview du Justice de la Cour suprême des Etats-Unis, Stephen Breyer, accordée à la chaîne de télévision France 24 le 12 mars 2011 : <http://www.france24.com/fr/20110312-2011-stephen-breyer-obama-guantanamo-cour-supreme-etats-unis-george-bush-entretien/> (consulté le jeudi 24 avril 2014).

⁷⁴ On entend ici par *interprétativité* constitutionnelle l'ensemble des conditions de l'acceptabilité finale de la chose interprétée par le juge constitutionnel. Parmi ces conditions se trouve la méthode d'interprétation utilisée et ayant contribué à l'impartialité et l'objectivité de la décision.

⁷⁵ V. Dominique Rousseau, « *Une démocratie sociale émerge à côté du Parlement* », Libération, 23 décembre 2013 (http://www.liberation.fr/politiques/2013/12/23/une-democratie-sociale-emerge-a-cote-du-parlement_968629 - consulté le jeudi 24 avril 2014).

*vont convaincre la formation de jugement du bien-fondé de cette solution, ne se retrouvent pas dans la décision, alors même qu'elles pourraient en renforcer l'autorité et l'intelligibilité.*⁷⁶ »

L'autorité de la décision du juge est l'autorité du juge lui-même qui crée le droit par la délibération interprétative ou par l'interprétation délibérative *décisive*. L'intelligibilité de la décision est davantage renforcée par la « démarche intellectuelle » consistant à recourir aux travaux préparatoires dans et pour le processus de l'interprétation juridique.

Enfin, bien que l'on puisse rechercher parfois à esquiver la question de la popularité du juge constitutionnel, cette popularité est nécessaire pour sa légitimité et donc celle de ses décisions. Le juge doit toujours s'efforcer de ne pas se montrer impopulaire. L'impopularité d'un juge, si elle est ressentie non seulement au niveau des élites et des juristes avertis mais aussi dans les sphères sociales les moins avisées, est une impopularité très dangereuse pour sa survie et son pouvoir créateur. Et c'est là que les travaux préparatoires, dans toute leur diversité, deviennent intéressants pour le travail interprétatif du juge constitutionnel.

2. Popularité de l'usage des travaux préparatoires : un drap dissimulant le rôle créateur du juge constitutionnel

L'usage discontinu que le Conseil constitutionnel fait des travaux préparatoires ressemble à une petite histoire de la biographie de Saint Louis racontée par Jacques Le Goff et rapportée par l'historien médiéviste Patrick Boucheron. Jacques Le Goff, dans sa biographie de *Saint-Louis* réalisée en 1996, pour marquer la subjectivité de l'histoire, a en effet expliqué que dans chaque congrégation religieuse, on a construit « *le Saint-Louis qu'[on] voulait*⁷⁷ » et comme cela arrangeait chacune des congrégations religieuses adorant ce saint.

Dans ce même ordre d'idée, le Conseil constitutionnel ne semble utiliser les travaux préparatoires que quand cela l'arrange, pour l'éviter de se mettre en péril, de se libérer⁷⁸, comme on l'a déjà vu plus haut, compte tenu des contraintes interprétatives qui pèsent sur lui dans certains cas. Il fait des coupes stratégiques dans l'utilisation de ces travaux. Ce découpage équivoque et partial des travaux préparatoires n'a en réalité qu'un objectif : celui de cacher le rôle créateur du juge constitutionnel afin de sauvegarder sans doute sa légitimité – pourrait-on dire – technique face à la légitimité populaire du législateur.

Le rôle créateur du juge constitutionnel français commence par son statut de fait, tant inavoué qu'inavouable, de troisième chambre du Parlement qu'on peut sans difficulté lui prêter. Là encore, nous nous plaçons volontiers du côté de la théorie réaliste de l'interprétation. Le juge constitutionnel, *bouche-de-la-loi*, a un immense pouvoir de création du *vrai droit*, le *droit interprété* et *réellement appliqué*. Le juge fait donc dire à la loi, la norme en général, ce qu'il veut qu'elle dise dans le sens du vivre-ensemble, bien qu'il soit contraint d'avancer des arguments interprétatifs convaincants pour l'*interprétativité* constitutionnelle de sa décision. Il est inutile de s'établir sur ce point, Julie Benetti s'y est déjà intéressée dans sa thèse de doctorat soutenue en 2004, dont un chapitre a pour titre : « *Le Conseil constitutionnel ou le débat prolongé*⁷⁹ ». C'est le Conseil constitutionnel, bouche tant de la loi

⁷⁶ V. le rapport du *Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, *Op. cit.*

⁷⁷ Intervention de Patrick Boucheron, in *Les neurosciences ont-elles quelque chose à nous apprendre sur le réel ?* Conférence Villa Gillet, Lyon, décembre 2012 : http://www.youtube.com/watch?v=0tiVOdQ_t2k (consulté le jeudi 13 mars 2014).

⁷⁸ V. Denys de Béchillon, « *Huit manières de se demander si l'interprète est libre* », in Ferdinand Mélin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 32.

⁷⁹ V. Julie Benetti, *Droit parlementaire et fait majoritaire à l'Assemblée nationale sous la V^{ème} République*, Thèse, 2004, Bibl. Cujas, p. 381.

que de la Constitution, qui donne le LA normatif au concert du contrôle de constitutionnalité du texte qui lui est soumis par l'instrument de l'interprétation.

Selon Stephen Breyer en effet, « *lorsque les termes [de la loi] ne sont pas clairs, les juges devraient prêter une grande attention à l'objectif poursuivi par la loi.*⁸⁰ » Il ajoute que cette « *démarche téléologique [d'interprétation] est plus respectueuse de la 'démocratie représentative' que veut mettre en place notre Constitution.*⁸¹ » Cet argument va bien dans le sens d'une protection du créateur de droit qu'est le juge constitutionnel, car il propose que ce dernier recherche l'objectif téléologique du législateur pour ne pas empêcher l'effet de la manifestation de sa volonté sans justification plausible et sans avoir utilisé tous les moyens d'interprétation possibles de l'acte de volonté. Les travaux préparatoires, sources historiques de la loi, pour parler comme Pierre-André Côté, peuvent ainsi lui servir.

Mais qu'en sera-t-il dans les cas où les travaux préparatoires dictent quelque chose autre que ce que la popularité dont le Conseil constitutionnel est à la recherche ou quand ils ne revêtent aucune valeur probante pour l'interprétation du texte soumis au contrôle ? Il semble que le juge constitutionnel doit rechercher le plus possible une explication ailleurs en utilisant les autres méthodes d'interprétation qui s'offrent à lui et dont la liste fut dressée notamment par François Gény en 1899.

Enfin, on a vu avec Pierre-André Côté et Peter Hogg (pour le Canada) et Stephen Breyer (pour les Etats-Unis d'Amérique) que la technique du recours aux travaux préparatoires pour interpréter les normes juridiques n'est pas propre au juge constitutionnel français. La Cour internationale de justice (CIJ) se voit même juridiquement obligée d'interpréter les traités, comme l'impose la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, à la lumière de leurs travaux préparatoires tel qu'il ressort des termes même des articles 31⁸² et 32⁸³ de cette Convention.

La CIJ a affirmé, dans un avis de 1950 sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, qu'il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair⁸⁴. Puis en 1973, elle est revenue sur cette considération en décidant que même s'il est inutile de recourir aux travaux préparatoires du traité lorsque le texte est clair, la Cour peut toutefois s'y référer pour confirmer la lecture qu'elle fait du texte du traité⁸⁵. Cette évolution de la CIJ dans sa position est sans doute due à la force que sa légitimité interprétative trouve dans l'utilisation des travaux préparatoires des traités qu'il a à interpréter. Ainsi, le juge constitutionnel ne saurait se priver d'un tel instrument qui, pourtant, peut renforcer son autorité créatrice de droit.

CONCLUSION

Pour conclure, disons que l'utilisation des travaux préparatoires dans l'interprétation du droit et leur apport effectif à la construction et à la conception des règles juridiques, au-delà de leur double rôle de contribuer à la connaissance des intentions des législateurs et de renforcer la légitimité du juge

⁸⁰ Stephen Breyer, *op. cit.*, Ch. 6 : « L'interprétation de la loi », p. 121.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² V. Convention de Vienne de 1969, Partie III, Section 3 (« *Interprétation des traités* »), article 31 (« *Règle générale d'interprétation* »).

⁸³ *Ibid.*, article 32 (« *Moyens complémentaires d'interprétation* » - « *travaux préparatoires* »).

⁸⁴ V. sur ce point Louis Favoreu, *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c/ Islande et Allemagne fédérale c/ Islande)*, in *Annuaire français de droit international*, volume 19, 1973 (pp. 272-289), p. 277 (http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_1973_num_19_1_2214 - consulté le mercredi 23 avril 2014).

⁸⁵ CIJ, 2 févr. 1973, arrêt, Royaume-Uni de la Grande Bretagne c/ Islande, *Compétence en matière de pêcheries*, Rec., p. 10, §17 et 18.

(constitutionnel) dans son travail de création du droit, jouent un rôle plus global, celui d'un arbitrage entre les différentes institutions de la République.

En effet, comme le dit si bien professeure Cohendet, si les dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 étaient strictement respectées, les abus de pouvoir, notamment du président de la République par rapport au Premier ministre, seraient largement limités⁸⁶. La Constitution de la V^{ème} République, bien qu'involontairement par ses concepteurs ou ses géniteurs, n'a pas créé un bicaméralisme avec un Parlement comportant deux chambres comme seules composantes du pouvoir législatif. Elle a mis en place une multitude d'instances para-parlementaires ou péri-législatifs qui ont pour objectif principal de contribuer au processus de fabrication de la loi au même titre que le Parlement proprement dit. C'est le cas du Conseil d'Etat dans son rôle de conseiller du gouvernement, du Conseil économique, social et environnemental (CESE), d'assemblées locales d'outre-mer, du Haut conseil des finances publiques, de la Cour des comptes, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), du Comité consultatif national d'éthique, de l'Académie nationale de médecine, du Défenseur des droits, etc. Au moins pour les quatre premières de ces instances, on a vu comment le Conseil constitutionnel a érigé leur fonction en véritable fonction parlementaire dans les décisions qu'on a déjà évoquées plus haut.

Le gouvernement (l'exécutif), avant les interventions du Conseil constitutionnel à ces quatre reprises pour corriger la situation de déséquilibre des institutions en termes de séparation des pouvoirs, avait tendance à fouler aux pieds les avis requis par la Constitution de certaines instances de débats au profit de la clarté et de la sincérité, d'un côté, et de l'intelligibilité et de l'accessibilité, de l'autre, de la procédure législative et de la loi elle-même. Ces quatre interventions du Conseil constitutionnel sont – *in fine* – le rappel d'une exigence constitutionnelle d'équilibre entre les différents organes de débats, donc entre différentes institutions délibératives de la République, prévue par le texte constitutionnel lui-même, notamment les dispositions de ses titres V (Rapports entre Parlement et Gouvernement, Conseil d'Etat⁸⁷), V (*Idem.*, Cour des comptes⁸⁸), XI (CESE⁸⁹), XI *bis* (Défenseur des droits⁹⁰), XII (Collectivités territoriales⁹¹).

⁸⁶ V. l'émission de la station de Radio France Inter du 10 avril 2014 déjà citée.

⁸⁷ La première phrase, de l'alinéa 2, de l'article 39, du Titre V relatif aux rapports entre le Parlement et le Gouvernement, dispose : « *Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées.* » L'avis du Conseil d'Etat, on l'a vu, doit être vraiment considéré par le législateur.

⁸⁸ De la même manière, l'alinéa 1^{er}, de l'article 47-2 relatif à la Cour des comptes, du même Titre V de la Constitution, dispose : « *La Cour des comptes [...]. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens.* » La clarté de cette disposition constitutionnelle ne donne lieu à aucun commentaire par nous ici.

⁸⁹ La dernière phrase de l'article 70, du Titre XI de la Constitution relatif au CESE, dispose : « *Tout plan ou projet de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental lui [le CESE] est soumis pour avis.* » Ce qui est une obligation constitutionnelle visant à ouvrir les débats publics et parlementaires hors du Parlement.

⁹⁰ Le dernier alinéa de l'article 71-1 unique de la Constitution relatif au Défenseur des droits dispose : « *Le Défenseur des droits rend compte de ses activités au Président de la République et au Parlement.* » Ce n'est pas un compte-rendu pour un compte-rendu auquel la Constitution fait une vague allusion, c'est une véritable exigence constitutionnelle d'ouverture du débat public-parlementaires. Faire un compte rendu à ces deux organes précités sans aucun objectif particulier serait à l'encontre de l'objectif constitutionnel de protection de l'environnement (par le gaspillage de papiers et de l'encre pour rien) et à l'encontre du bon usage des deniers publics (car l'établissement d'un rapport par un organe comme le Défenseur des droits demande des moyens humains et financiers plus importants qu'en période normale). La Constitution n'a pas pu vouloir de telles incohérences constitutionnelles dans le fonctionnement des institutions.

⁹¹ Le dernier alinéa, de l'article 74, du Titre XII de la Constitution relatif aux collectivités territoriales (outre-mer), dispose : « *Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.* » Là encore, l'obligation de consultation de l'assemblée locale concernée n'est pas une simple formalité constitutionnelle, son avis doit compter.

Tous ces avis et rapports exigés par notre Constitution contribuent et doivent même contribuer aux relations d'équilibre des différentes institutions de la V^{ème} République. Il était dès lors normal que le Conseil constitutionnel les considère comme des réels débats publics, des vrais travaux préparatoires à la gestation des normes juridiques par sa jurisprudence.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
I – NOTION DE TRAVAUX PREPARATOIRES A LA LUMIERE DES DECISIONS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	3
A) Fondements juridiques constitutionnels possibles de la notion de travaux préparatoires dans l'interprétation des normes juridiques.....	4
1. <i>Racines constitutionnelles originelles de la notion de travaux préparatoires comme instruments d'interprétation du droit : l'article 33 de la Constitution du 4 octobre 1958</i>	4
2. <i>Racines constitutionnelles par tradition de la notion de travaux préparatoires comme instruments de l'interprétation du droit : l'article 1156 du Code civil</i>	5
B) Elargissement du champ des éléments constitutifs de la notion de travaux préparatoires par le Conseil constitutionnel français	8
1. <i>Des travaux et débats purement parlementaires...</i>	9
2. <i>... aux travaux préparatoires périphériques des normes</i>	10
II – NOTION DE TRAVAUX PREPARATOIRES ET NOTION DE DEMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE : UN MARIAGE PROTECTEUR DU RÔLE DE CREATEUR DE DROIT DU JUGE CONSTITUTIONNEL	13
A) Démocratie constitutionnelle et popularité des travaux préparatoires.....	13
1. <i>Le concept de démocratie constitutionnelle conforté par la popularité des travaux préparatoires</i>	14
2. <i>L'impact des travaux préparatoires sur le concept de démocratie constitutionnelle : naissance d'un pluralisme délibératif dans le mécanisme de la conception normative</i>	17
B) Popularité des travaux préparatoires et légitimité du juge constitutionnel dans son rôle de créateur de droit	19
1. <i>La popularité comme condition de la légitimité du juge constitutionnel : entre nécessité et esquive</i>	19
2. <i>Popularité de l'usage des travaux préparatoires : un drap dissimulant le rôle créateur du juge constitutionnel</i>	21
CONCLUSION	22