

Institut de droit des affaires internationales
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

DROIT CONSTITUTIONNEL – S2 **2023-2024**

Cours de M. le Professeur Fabrice HOURQUEBIE

Séance 6 : Composition du Conseil constitutionnel et légitimité du Conseil

Documents :

- Document n°1** – R. BADINTER : « Le pouvoir et le contre-pouvoir », Le Monde, 23 novembre 1993.
- Document n°2** – B. GURREY : « Pierre Mazeaud a établi, durant sa présidence, le droit et les principes », Le Monde, 25 février 2007.
- Document n°3** – D. ROUSSEAU et J. ROBERT : « Entretien. Neuf années au Conseil constitutionnel », RDP, n° 5-6, 1998, pp. 1748-1770.
- Document n°4** – F. HOURQUEBIE : « La composition du Conseil constitutionnel, un exotisme bien français », Revue de l'École doctorale de l'Université de Sao Paulo, Brésil, décembre 2012.
- Document n°5** – Discours de Jean-Louis DEBRÉ, Palais de L'Élysée – 5 janvier 2016.
- Document n°6** – Julie BENETTI - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 38 (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement) - janvier 2013.
- Document n°7** – Elina Lemaire, « Conseil constitutionnel : la suppression de la catégorie des membres de droit, une réforme indispensable mais insuffisante », in *Jus Politicum*, juin 2018.
- Document n°8** – Avis sur les nominations au Conseil constitutionnel de Mmes BELLOUBET et MAESTRACCI- Votes et résultats des scrutins

Exercice :

Dissertation :

Vous traiterez le sujet suivant : « La légitimité du Conseil constitutionnel repose-t-elle uniquement sur sa composition ? ».

Document n° 1 : R. BADINTER : « Le pouvoir et le contre-pouvoir », Le Monde, 23 novembre 1993.

Alors qu'Edouard Balladur annonce un programme gouvernemental de cinq ans Robert Badinter défend le rôle du Conseil constitutionnel POINT DE VUE Le pouvoir et le contre-pouvoir

Le premier ministre, qui a réuni, dimanche 21 novembre, l'ensemble de ses ministres à l'Hôtel Matignon pour une journée de réflexion, a annoncé l'élaboration d'un calendrier de travail pour les six mois à venir et d'un programme à échéance de cinq ans. D'autre part, après les critiques adressées au Conseil constitutionnel par M. Balladur, lors de la réunion du Congrès du Parlement pour réformer le droit d'asile, le 19 novembre, Pierre Méhaignerie a pris la défense de cette institution en s'adressant au barreau de Paris. Robert Badinter fait de même et prend la plume, pour la première fois. Le président du Conseil constitutionnel souligne que la plupart des démocraties comportent une cour chargée de vérifier la conformité des lois aux principes inscrits dans leur Loi fondamentale, et qu'il est toujours loisible à la majorité de réviser celle-ci si elle le souhaite.

La mise en cause du Conseil constitutionnel lors de la réunion du Parlement en Congrès m'amène à rappeler quelques données qui me paraissent avoir été perdues de vue. Nul ne disputera cette évidence : dans une démocratie, seul le Parlement a le pouvoir de faire la loi. Et je suis de ceux qui considèrent que dans la V République, il convient de rendre au Parlement la plénitude d'un pouvoir législatif trop entravé aujourd'hui. Mais dans tout État démocratique, rien ne peut empêcher que le juge soit source de droit. Et le citoyen a tout lieu de s'en féliciter. Ainsi la Cour de cassation, à partir de quelques articles du code civil de 1804, a élaboré le droit moderne de la responsabilité civile.

De même, le Conseil d'État, en formulant les principes généraux du droit, a assuré aux citoyens les garanties nécessaires à leurs libertés, et fait du droit administratif français un modèle. La même inspiration préside depuis 1971 à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Du droit d'association au droit d'asile, il a toujours veillé au respect des libertés publiques et des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen, et cependant, à chaque alternance, et plus particulièrement au début de la législature, la même accusation est reprise avec d'autant plus d'éclat que la majorité nouvelle est plus forte : le Conseil constitutionnel s'opposerait à la volonté des citoyens. Au gouvernement des élus du peuple succéderait le gouvernement des juges.

En vérité, l'impatience qui saisit toute majorité politique face au juge constitutionnel est celle de tout pouvoir face à un contre-pouvoir. Certains opposent au juge constitutionnel son origine en quelque sorte " bâtarde ". Il ne serait pas légitime parce qu'il n'est pas élu. Faut-il rappeler que la légitimité d'une institution inscrite dans la Constitution ne procède pas du mode de désignation de ses membres, mais de la volonté du constituant, le peuple souverain qui a voté la Constitution. D'autres soutiennent que le contrôle du juge constitutionnel ne devrait pas s'exercer au regard du préambule de la Constitution, qui se réfère à la déclaration des droits de l'homme de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946.

Mais en 1971, sous la présidence de Gaston Palewski, le Conseil constitutionnel, seul interprète autorisé de la Constitution en cette matière, en a jugé autrement, à l'approbation générale. Et le Parlement, en étendant à la demande du président Giscard d'Estaing en 1974 la saisine du Conseil constitutionnel, s'est rallié à cette interprétation. Le Parlement de l'époque savait en effet que, saisi par soixante députés ou soixante sénateurs de l'opposition, le Conseil constitutionnel se prononcerait sur la constitutionnalité des lois votées au regard des principes qui forment " le bloc de constitutionnalité " et qui découlent pour une grande part du préambule de la Constitution.

Après deux décennies d'application de ce préambule, des voix s'élèvent encore pour contester cette évolution et enlever sa valeur constitutionnelle à la déclaration des droits de l'homme de 1789. Lorsqu'on reproche au Conseil constitutionnel de veiller au respect de la déclaration, vise-t-on le principe d'égalité devant la loi, l'affirmation du pluralisme des moyens de communication, l'obligation de définir les infractions pour exclure l'arbitraire, la non-rétroactivité de la loi pénale plus dure, ou le droit de

propriété, pour citer quelques prescriptions de la déclaration à plusieurs reprises invoquées par le Conseil depuis vingt ans ?

Quant à ceux qui s'en prennent à la référence au préambule de 1946, regrettent-ils qu'aient été consacrés sur son fondement la liberté d'association en 1971, les droits de la défense en 1976, la liberté d'enseignement et la liberté de conscience en 1977, le droit de grève en 1979, l'indépendance de la juridiction administrative en 1980, la liberté syndicale en 1981, la protection de la santé en 1991, le droit à une vie familiale normale ?

Autant revenir alors sur la révision de 1974. Car c'est elle qui a transformé le Conseil constitutionnel d'instance de régulation en juge des différends constitutionnels entre la majorité et l'opposition.

Le respect des libertés s'impose au législateur. En effet, quand les parlementaires de la majorité dénoncent le gouvernement des juges à propos d'une décision censurant une loi votée par elle, ils négligent le fait essentiel que ce sont d'autres parlementaires qui ont saisi le Conseil constitutionnel aux fins de voir prononcer cette inconstitutionnalité. Le Conseil est ainsi appelé à prendre sa décision au regard d'argumentations contraires formulées par des groupes parlementaires opposés : l'un, minoritaire, soutient que la loi votée méconnaît la Constitution en totalité ou sur certains points ; l'autre, majoritaire, a considéré que la loi votée est conforme à la Constitution. Pourquoi l'interprétation juridique de la majorité parlementaire devrait-elle dans tous les cas prévaloir en droit sur celle de la minorité, sauf à admettre l'axiome : " toute minorité a juridiquement tort parce qu'elle est politiquement minoritaire. "

Il faudrait alors supprimer tout contrôle de constitutionnalité et méconnaître par là les exigences de l'Etat de droit dans une démocratie moderne. Car tout Etat de droit implique le respect de la hiérarchie des normes. Au sommet de cette hiérarchie s'inscrivent la Constitution et les principes qui la fondent. Ainsi, le respect des libertés et des droits fondamentaux des citoyens s'impose au législateur. Et comme dans sa difficile fonction il lui faut mettre en œuvre ces principes dans des lois et les concilier quand ils s'avèrent contradictoires, la question se posera souvent de savoir s'il n'a pas méconnu les principes constitutionnels. En cas de conflit à ce sujet, seul un juge a qualité pour décider entre des points de vue opposés. S'il opine en faveur des arguments invoqués par la minorité parlementaire, en quoi méconnaît-il les droits de la majorité ? A titre d'exemple, l'actuel premier ministre a saisi de 1988 à 1993, avec d'autres députés de la minorité de l'époque, à dix reprises le Conseil constitutionnel, en invoquant notamment les principes tirés du préambule de la Constitution contre la loi votée par la majorité. A sept reprises, le Conseil constitutionnel a censuré en tout ou partie la loi attaquée. En accueillant ainsi l'argumentation présentée par la minorité que faisait alors le Conseil constitutionnel : du droit ou de la politique ? Que le citoyen, auquel il convient toujours de revenir, trouve dans le contrôle de la constitutionnalité des lois son avantage, il suffit de regarder l'Europe d'aujourd'hui pour en être assuré. Il n'est point de démocratie naissante qui ne se soit dotée d'une Cour constitutionnelle. L'Allemagne fédérale et l'Italie au lendemain de la guerre, l'Espagne et le Portugal émergeant du fascisme, les États d'Europe centrale et orientale après l'effondrement du communisme ont institué des cours constitutionnelles.

A comparer d'ailleurs la jurisprudence du Conseil constitutionnel avec celles des autres cours constitutionnelles en Europe et de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est plutôt la réserve que l'audace qui paraît sa marque. La Cour constitutionnelle italienne a prononcé l'inconstitutionnalité de la répression pénale de l'interruption de grossesse. La Cour constitutionnelle allemande a imposé au législateur d'assurer l'égalité de traitement entre enfants légitimes et enfants naturels. La Cour constitutionnelle de Hongrie a déclaré en 1990 contraire à la Constitution la peine de mort parce qu'elle méconnaît le droit à la vie et au respect de la dignité humaine.

Bien d'autres illustrations pourraient être citées de telles avancées jurisprudentielles des Cours constitutionnelles en Europe. Il est remarquable, d'ailleurs, de constater, s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, que ses décisions, même lorsqu'elles condamnent la France, sont accueillies sans protestation par les autorités nationales. Ainsi, par un paradoxe révélateur, le contrôle

du juge européen suscite moins de réactions de la part des majorités successives que celui exercé par le Conseil constitutionnel. C'est sans doute que ce dernier s'inscrit dans une conception de la démocratie fondée sur un équilibre complexe de pouvoirs et de contre-pouvoirs, qui innove au regard de la tradition politique française. Quant aux décisions du Conseil constitutionnel, il en va d'elles comme de toute décision de justice, elles sont œuvres humaines et, comme telles, soumises à la critique de la raison, qui ne saurait être confondue avec la passion ou l'intérêt politique.

Document n° 2 : B. GURREY : « Pierre Mazeaud a établi, durant sa présidence, le droit et les principes », Le Monde, 25 février 2007.

ARNAUD MONTEBOURG s'était précipité pour critiquer la nomination de Pierre Mazeaud à la tête du Conseil constitutionnel, en février 2004 : une institution désormais « discréditée » et en « lent déclin », avait-il assuré, avec, à sa tête, le « cocher de la voiture présidentielle ». Les faits lui ont donné tort.

Parmi la centaine de décisions rendues durant ces trois années, certaines ont fait date. Et il ne s'est pas vu que l'institution ait commencé à sombrer sous l'ère Mazeaud. « Certains hommes politiques (...), incommodés par les conséquences de nos décisions, manifestent par des critiques publiques qu'ils n'ont toujours pas compris que le Conseil juge en droit. Je le constate avec tristesse », avait dit le président du Conseil constitutionnel, en présentant ses vœux au chef de l'État, le 3 janvier. Il avait mis dans sa harangue tout « le calme des vieilles troupes », un exploit peu ordinaire pour cette nature volcanique.

C'est qu'il fut guidé par quelques solides principes, comme la normativité de la loi, le souci de l'intérêt général, l'égalité des droits et même - paradoxe pour cet antieuropéen notoire - par le respect de l'avancée inéluctable du droit européen dans le droit français. Il eut sans doute quelque satisfaction à taper sur les doigts de certains chefs de gouvernement, ou ministres, qu'il n'appréciait guère. Mais toujours au nom de la défense du droit et des principes.

Prenez Jean-Pierre Raffarin, qui avait voulu nommer à la tête d'EDF son ancien ministre de l'économie, Francis Mer, pourtant atteint par la limite d'âge. L'amendement que le gouvernement avait tenté d'introduire subrepticement au Sénat (Le Monde du 10 juillet 2004) était sans rapport avec la loi sur le service public de l'électricité. Retoqué !

Et François Fillon, qui, malgré des avertissements répétés, s'était entêté à faire voter une loi sur l'éducation qui relevait plus de la « politique spectacle », selon l'expression de M. Mazeaud, que du bon usage de la législation ? Deux articles essentiels avaient été censurés en avril 2005, et Jack Lang, ancien ministre de l'éducation socialiste, s'était réjoui de cette « paire de claques ». Autre « victime », Michel Barnier, l'ancien ministre des affaires étrangères, qui s'était vu rappeler à l'ordre sur l'exigence de neutralité des pouvoirs publics pendant la campagne sur le référendum européen, au printemps 2005. Au même moment, Simone Veil, membre du Conseil, avait dû se mettre en congé, car elle souhaitait, au grand mécontentement de M. Mazeaud, participer à cette campagne.

FORT FÂCHÉ

L'Europe... Le 10 juin 2004, le Conseil décidait pour la première fois qu'il s'interdirait de censurer une loi française qui ne ferait que transposer une directive européenne, « sauf en raison d'une disposition expresse de la Constitution ». M. Mazeaud avait été fort fâché que Le Monde soulignât ce qui pouvait être interprété comme un abandon de souveraineté et surtout que l'annonce en ait été différée, car elle tombait à trois jours des élections européennes. Mais sur le fond, le Conseil avait agi selon le droit, conformément au traité de Maastricht de 1992. La présidence Mazeaud fut aussi marquée par le refus constant du communautarisme et de la discrimination positive, surtout si celle-ci s'accompagne d'une

politique de quotas. « Le droit à se faire représenter n'appartient aux citoyens qu'à cause des qualités qui leur sont communes et non à cause de celles qui les différencient » : M. Mazeaud aime à citer Sieyès.

Le Conseil constitutionnel « sauva », c'est vrai, Jacques Chirac d'un imbroglio de onze mois, après l'amendement introduit dans la loi de février 2005 reconnaissant le « rôle positif » de la colonisation. Il permit de déclasser le texte.

Il ne fit rien cependant pour le sortir du pétrin du contrat première embauche. Le Conseil le valida et le président de la République en fut réduit, après des mois de manifestations, à annoncer la promulgation de cette loi, tout en assurant qu'elle ne serait pas appliquée. M. Mazeaud eut sans doute souhaité ne jamais voir cela de sa vie. Mais ce ne fut pas le Conseil qui en pâtit.

Document n° 3 : D. ROUSSEAU et J. ROBERT : « Entretien. Neuf années au Conseil constitutionnel », RDP, n° 5-6, 1998, pp. 1748-1770. (voir le polycopié)

Document n°8: Rousseau (D), Robert (J), *Entretien. Neuf années au Conseil constitutionnel*, Revue du droit public, n° 5-6, 1998, p.1748-1770.

Neuf années

Débat entre Jacques ROBERT et Dominique ROUSSEAU au Conseil constitutionnel*

Dominique ROUSSEAU : Alors, admettons que le Conseil constitutionnel soit une juridiction et j'admets pour ma part qu'il l'est devenu même implicitement en l'absence de recours individuel. Le Conseil d'ailleurs demande lui-même à être considéré comme une juridiction. Tous ses membres l'affirment.

Jacques ROBERT : Absolument.

Dominique ROUSSEAU : Le Conseil constitutionnel a pourtant rendu une décision, en décembre 1996, où il a refusé d'accepter les désistements de parlementaires qui l'avaient saisi, désistements qui faisaient descendre le nombre de signataires en dessous de la barre des soixante. En principe, si le Conseil avait été une juridiction, il aurait dû accepter les désistements. En refusant les retraites, n'a-t-il pas, d'une certaine manière, avoué qu'il n'était pas une vraie juridiction? qu'il n'était pas ce qu'il disait être?

Jacques ROBERT : Je ne crois pas. Je pense que le Conseil constitutionnel a simplement confirmé qu'il était une juridiction particulière et je vais vous expliquer pourquoi. Il n'était pas possible de rendre une autre décision. On ne saurait pas en effet imposer une juridiction, qui statue souverainement comme la nôtre, d'une loi en se disant que si l'on change d'opinion on pourra toujours se retraiter. Cela ne nous a pas paru concevable! Et puis surtout la raison majeure c'est qu'il faut soixante députés ou soixante sénateurs pour saisir le Conseil! Vous imaginez les pressions qui risqueraient de s'exercer sur le cinquante-huitième ou le cinquante-neuvième, celui qui fait l'appoint, pour retraiter sa signature! Si l'opposition dépose un recours, la majorité peut être tentée par tous les moyens de débaucher un ou deux signataires pour retomber en dessous du seuil des soixante. Non, les soixante ont signé. C'est terminé. Je pense que c'est cela qui fait aussi un peu la spécificité de notre juridiction constitutionnelle.

Dominique ROUSSEAU : Ce qui fait aussi sa spécificité, avec vous dit, c'est que le Conseil constitutionnel a une stratégie. Qu'entendez-vous exactement par stratégie du Conseil? Stratégie de pouvoir? Stratégie politique?

Jacques ROBERT : C'est une stratégie politique! En disant cela, je vais faire huer un certain nombre de juristes qui me répondront que l'on ne peut pas à la fois dire que le Conseil n'est pas une juridiction politique et qu'il a une stratégie politique. Mais nous avons une stratégie politique en ce sens qu'il faut quand même faire très attention à ce que nous faisons. Arrêter une loi c'est autre chose qu'annuler un arrêté municipal. Il faut expliquer au peuple français que neuf personnes non élus vont arrêter ce qui a été fait par la majorité de ceux qu'ils ont eux-mêmes désignés.

Dominique ROUSSEAU : Un arrêté municipal est aussi pris par un élu.

Jacques ROBERT : Oui mais il a moins de répercussions car il ne s'applique pas à l'ensemble de la population. Si nous voulions être crédibles il faut que l'opinion publique se dise : ils ont arrêté cette loi parce que, effectivement, il y avait violation caractérisée de la constitution et ne le faire que dans les cas exemplaires et pas trop souvent. Je vous prends comme exemple le fameux été 1993 où nous avons été saisis de nombreuses lois. Nous avons commenté par en annuler quatre et non des milliers (sur l'enseignement supérieur, sur les étrangers...). Qu'aurait dit l'opinion si on les avait toutes annulées? Même si nous avions eu de bonnes raisons de le faire, l'opinion ne l'aurait pas acceptée. On aurait crié à l'obstruction, à l'émergence d'un « contre-pouvoir » abusif. Ne l'a-t-on d'ailleurs pas spécifiquement proclamé en haut lieu?

Dominique ROUSSEAU : Mais que disait le droit? Pour satisfaire l'opinion qui n'aurait pas compris la « énième » annulation, vous avez donc fait souffrir le droit.

Jacques ROBERT : Non.

Dominique ROUSSEAU : Ou vous jugez les lois contraires à la Constitution, et tant pis pour l'opinion, il fallait les censurer, ou bien elles n'étaient pas anticonstitutionnelles et à ce moment là le Conseil constitutionnel ne les censurait pas.

Jacques ROBERT : Vous savez très bien comme moi que tout n'est jamais tout blanc ou tout noir. Tout n'est jamais radicalement inconstitutionnel et tout n'est jamais radicalement constitutionnel ou rarement. Il y a des cas dans lesquels on peut strictement hésiter. Ce que je veux simplement dire c'est que quand sur deux ou trois lois successives le Conseil a rendu des décisions de non-conformité, une bonne politique doit consister, sauf s'il y a une inconstitutionnalité noyée, à être peut-être plus réticent sur d'autres afin que l'opinion ne se dise pas que la censure devient systématique et que le Conseil bloque le bon fonctionnement de l'État. Voilà ce qu'on je dis qu'il y a une *nécessaire stratégie*. Je ne sais pas le seul à le penser. Sans dévoiler aucun nom, je me souviens que quelques anciens membres du Conseil constitutionnel à l'occasion de certaines censures prononcées par nous sont venus me dire que nous n'aurions pas le droit d'adopter plusieurs motivations particulièrement sévères, de faire en quelque sorte des « coups médiatiques ». ... Pour eux, une certaine modération sied à une institution comme la nôtre.

Dominique ROUSSEAU : A écouter aujourd'hui les dernières déclarations de Charles Pasqua, ministre de l'Intérieur à l'époque, il aurait peut-être été

Jacques ROBERT : Peut-être mais c'est son problème.

Dominique ROUSSEAU : Pour que le Conseil s'affirme davantage comme juridiction, car vous avez beaucoup insisté sur le particulier et peu sur le général, je pense, au regard des enseignements du droit comparé, de la pratique des autres cours constitutionnelles européennes, qu'il faudrait introduire, par exemple, la publicité et l'oralité des débats, la possibilité pour le Conseil d'entendre toute personne de son choix, la possibilité aussi pour le Gouvernement et les requérants de se faire représenter par les avocats. Ces éléments-là de procédure qui méritent enfin le Conseil au diapason des autres juridictions constitutionnelles, ne pourraient-ils pas être introduits simplement par une loi organique ou même par le Conseil par une simple réforme de son règlement intérieur ?



Dominique ROUSSEAU : Toujours en me référant au droit comparé et notamment au travail de commentaire de la doctrine et même des juges, j'ai tendance à penser que la doctrine française est un peu frieuse sur la question du pouvoir d'interprétation, et n'ose pas appeler un chat un chat. Lorsque le Conseil déclare par exemple que le principe de la dignité de la personne humaine est un principe constitutionnel, ce principe n'est inscrit nulle part dans la Déclaration, c'est le Conseil qui, par un travail de raisonnement, de réflexion, va tirer des mots du préambule de 1946 le principe de dignité humaine. Lorsque vous affirmez que la liberté du mariage est une composante de la liberté individuelle et, à ce titre, est un principe constitutionnel, ce n'est écrit dans aucun texte à valeur constitutionnelle. Le Conseil, par conséquent, fait bien un acte créateur, un acte d'interprétation, de découverte (avec ou sans guillemet). Lorsqu'on lit la doctrine étrangère, on voit que les collègues sont, eux, très libres et disent : « oui, effectivement, la cour constitutionnelle italienne, allemande, crée des normes, interprète etc... ». Même la Cour de Strasbourg qualifie la convention de Rome comme étant, je cite, « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles ». Pourquoi cette facilité européenne à reconnaître que le juge fait un travail d'interprétation, voire créateur, et pourquoi cette réticence française ?

Jacques ROBERT : Moi, je suis tout à fait favorable à l'interprétation que fait de son propre travail la Cour de Strasbourg. Toute jurisprudence est créatrice de droit et de principes, nous n'avons pas à nous justifier d'essayer constamment, comme la Cour de Strasbourg, d'interpréter notre Constitution à la lumière des conditions de la vie actuelle. Simplement, je crois que nous

vivons toujours dans un pays de droit écrit, vieille tradition qui a la religion du texte et surtout que nous sommes sous le coup d'une perpétuelle accusation larvée de Gouvernement des juges si nous étions un principe sans lui trouver un substratum écrit. Ils ont joué d'eux-mêmes interpréter l'intérieur la Constitution ! Ils ont créé un principe sans base ! Vous avez raison sur le principe de la sauvegarde de la personne humaine. On a cherché longtemps à quoi le rattacher et l'on a trouvé la première phrase du préambule de 1958, qui, au lendemain de la guerre, fait allusion à ce combat qui a été dégraté la personne humaine. Nous avons estimé que si une Constitution considérait explicitement comme inadmissible de dénigrer la personne humaine, ce principe devait avoir valeur constitutionnelle. Même chose pour l'exigence d'une vie familiale normale. Cette dernière ne suppose-t-elle pas la liberté du mariage ? Nous avons toujours essayé dans la proclamation de nouveaux principes de nous rapprocher à un texte mais moi, personnellement, je ne venais aucun mouvement, à condition, que l'on soit très prudent, à ce qu'on soit créés *ex- nihilo* de nouveaux principes constitutionnels s'ils apparaissent imposés par l'évolution des mœurs ou des technologies du monde moderne.

Dominique ROUSSEAU : Vous venez de dire : « A condition que ce soit de manière modérée ». Quelles sont, selon vous, les limites au-delà desquelles cette création par le juge de principes constitutionnels pour tenir compte des conditions de vie nouvelle serait, comment dire, « politiquement incorrecte » ?

Jacques ROBERT : Il ne s'agit pas d'« incorrection politique » mais de risque de dangereuses dérives. Je vous prends un exemple. Vous avez cité tout à l'heure la décision sur la hétérosexualité et le principe de dignité de la personne humaine ! On aurait pu faire beaucoup plus ! Monsieur Philippe Séguin, comme vous le savez très bien, nous avait saisi, non pas du tout de la constitutionnalité de telle ou telle disposition de la loi mais d'un problème général capital. « Posez » nous demandait-il en substance, en matière de bioéthique, les principes qui vous paraissent avoir valeur constitutionnelle ! On aurait pu aussi bien poser le principe du droit à l'enfant, ou de la liberté de la recherche mais on s'est interrogé sur leurs conséquences ! Le droit à l'enfant suppose-t-il que n'importe quelle femme, à n'importe quelle condition, par n'importe quelle technique peut avoir un enfant ? La liberté de la recherche implique-t-elle que les scientifiques peuvent tout faire ? Je me souviens d'une grande et belle discussion que j'ai eue alors, avec Robert Badinter sur ce sujet. J'étais le rapporteur de cette loi et deux positions étaient concevables : ou bien le profil bas consistant à dire : pour l'instant, dégageons un principe de base très général rattachable à un texte et puis on verra ; l'autre position consistait à décaler — on l'a vu plus haut — d'autres principes...

Je reconnaissais aujourd'hui volontiers que la proclamation d'un droit à un enfant ou de la liberté de la recherche aurait été lourde de dangers et que la sagesse — dont on nous honore souvent — consistait sans doute à se montrer plus prudent.

Dominique Rousseau : Les réserves d'interprétation, elles, sont des questions que le Conseil se pose souvent. Elles sont souvent interprétées, notamment par la doctrine, comme étant des critiques adressées au Parlement qui avait « mal rédigé » la loi, etc. Je ne partage pas cette opinion ; je crois que les réserves d'interprétation sont davantage destinées à l'autorité d'application de la loi ; comme si le Conseil constitutionnel voulait compenser l'absence de contrôle a posteriori en guidant, en quelques sortes, les autorités d'application de la loi, l'Administration, les juges dans ce qui doit être une application constitutionnelle de la loi.

Jacques ROBERT : Oui. Vous avez raison. Dans les réserves d'interprétation dont nous assortissons quelquefois nos décisions nous n'avons pas du tout l'intention de juger de la façon, bonne ou mauvaise, dont la loi a été rédigée mais nous nous trouvons souvent en présence de lois qui sont un peu vagues dans la détermination de leurs principes et dont on ne sait pas quelle application en sera faite exactement. Dans ses principes la loi semble parfaitement constitutionnelle « mais elle peut être « déournée » dans son application. Quand on a à l'esprit ce danger soit parce que la loi est lacunaire soit parce qu'elle contient des dispositions ambiguës, on la laisse certes

passer, parce que c'est toujours désagréable d'arrêter une loi, mais en ayant bien soin de préciser que c'est dans tel « sens » que nous la comprenons. C'est d'ailleurs nos juridictions qui auront à juger de la régularité des règlements d'application.

Dominique ROUSSEAU : Ce clin d'œil, les juridictions le reçoivent avec sympathie, on est-ce pour elle la marque d'une volonté de puissance et de domination du Conseil ?

Jacques ROBERT : Je ne sais pas. Il faut demander au Conseil d'être ce qu'il en pense. Nous, nous ne voulons pas trop censurer la loi, je n'ai dit tout à l'heure. Quand il n'y a pas d'inconstitutionnalité manifeste nous laissons passer mais nous ne voulons pas non plus que l'on prenne l'habitude de nous envoyer des lois systématiquement impécées dont l'interprétation « dévoyée » peut aller à l'encontre de la Constitution. Alors nous expliquons simplement que c'est dans tel sens que nous entendons que la loi soit appliquée. Si donc, quand elle est saisie d'un règlement d'application, la juridiction administrative a l'impression que ce n'est pas dans le sens prévu qu'il est intervenu, elle se trouve obligée d'appliquer nos décisions et de censurer éventuellement le règlement d'application. Je ne sais pas si le Conseil d'État considère que nous lui « faisons la leçon ». Peut-être l'aidons-nous plutôt car nos considérants guident son travail d'appréciation de la constitutionnalité du règlement d'application de la loi.

Dominique ROUSSEAU : Deux questions pour terminer : une question un peu plus philosophique et une un peu plus personnelle. Vous avez écrit à plusieurs reprises qu'il y avait un lien entre le droit et la démocratie ; que, finalement, le visage de la figure de la démocratie dépend beaucoup de la qualité et de la nature du droit. Or, depuis quarante ans, le droit constitutionnel s'est profondément transformé. Cette transformation transforme-t-elle aussi le visage de la démocratie ? La justice constitutionnelle, en transformant le droit, n'a-t-elle pas aussi transformé la nature de la démocratie ?

Jacques ROBERT : Votre question — pour moi — tombe bien parce que je viens de faire paraître dans *La Croix* un article qui s'intitule « La démocratie juridique, une dérive de la démocratie ». Nous sommes donc en plein dans votre sujet car j'essaie de démontrer dans cet article que nous sommes passés de la démocratie représentative à la démocratie juridique. J'en donne trois exemples : le premier est la responsabilité pénale des ministres. C'était naguère un progrès vers un régime parlementaire que de transférer la responsabilité pénale des ministres en une démission politique. Voilà qu'aujourd'hui l'on fait un pas en arrière d'un siècle et demi ! Les ministres ne démissionnent plus mais on leur demande de rendre compte de leurs actes devant des juridictions pénales ou civiles.

Dominique ROUSSEAU : N'est-ce pas aussi parce qu'il n'y a plus de responsabilité politique des ministres au parlement ?

Jacques ROBERT : A l'évidence.

Dominique ROUSSEAU : ... Que c'est finalement une justice, par défaut, ...

Jacques ROBERT : Probablement.

Dominique ROUSSEAU : Remplit-elle bien son rôle ?

Jacques ROBERT : Je n'accuse nullement la justice d'une usurpation de fonctions. C'est parce que la démocratie politique ne joue plus son rôle et ne respecte pas ses règles que le droit est obligé de la suppléer. Un autre exemple (vous le connaissez bien) se trouve dans le développement des cours constitutionnelles. Aujourd'hui, le label de la démocratie c'est la Cour Constitutionnelle, mais il ne faut pas se dissimuler que si les cours constitutionnelles deviennent explicites et sévères, que restera-t-il de la loi ? D'ailleurs, en Europe, elle se trouve coincée par les décisions communautaires d'un côté et par les compétences de la décentralisation de l'autre. Si, de plus, dans le domaine qui lui reste, on devient tailleur et on ne lui passe plus rien, il restera bien peu de chose de la loi qui est pourtant l'expression de la volonté générale. Troisième exemple : la création récente de la juridiction criminelle internationale. Les gouvernements — pendant longtemps — n'ont rien fait pour arrêter les criminels ; bien au contraire — encore aujourd'hui on a l'impression qu'il ne faut pas les arrêter —, mais on crée cependant une juridiction internationale pour les sanctionner c'est-à-dire que, politiquement, on démissionne et que l'on passe au droit le fardéau. A lui de les condamner, faute par l'autorité politique de vouloir les arrêter. Je crois qu'il faut faire très attention. A chacun son métier. La démocratie est représentative ; le pouvoir est donc aux élus. Il n'est pas aux juges qui d'ailleurs n'en veulent pas. Parler de « gouvernement des juges » est une erreur. Les juges ne veulent pas gouverner. Mais on les y oblige parfois...

Dominique ROUSSEAU : Si je comprends bien le titre de votre article « La démocratie juridique, une dérive de la démocratie » vous semblez penser qu'entre le droit et la politique le déséquilibre se fait trop actuellement au profit du droit.

Jacques ROBERT : Je pense que les acteurs politiques ne jouent plus leur rôle. Est-ce par discrédit des hommes ou discrédit des institutions ? Je constate — sans juger — que le droit a pris trop d'importance, par suite, me semble-t-il, d'une somme de démissions volontaires ou involontaires.

Clinton en est un exemple effarant. Une grande démocratie que l'on cite en exemple en est à se demander si son président va pouvoir rester parce qu'il existe un procureur indépendant qui a décidé de fouiller dans sa vie privée. C'est la caricature de ce que risque de devenir une « démocratie juridique ».

Document n° 4 : F. HOURQUEBIE : « La composition du Conseil constitutionnel, un exotisme bien français », Revue de l'École doctorale de l'Université de Sao Paulo, Brésil, décembre 2012.

Les tropiques ne traversent pas encore Paris ; pourtant quelques fruits institutionnels tropicaux s'épanouissent de manière alanguie et à l'ombre, encore, de toute tempête constitutionnelles ; tel est le cas de la composition du Conseil constitutionnel français.

La doctrine doute régulièrement de la légitimité de la composition du Conseil. Mais tout n'est peut-être pas bon à jeter dans la manière de composer cette institution ; la légitimité n'étant pas qu'une question de mode de désignation, mais bien aussi une question de qualité d'ensemble de l'institution, d'efficacité et partant, d'acceptation des décisions de cette juridiction¹.

Le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres nommés pour neuf ans non renouvelables par les trois plus hautes autorités politiques de l'Etat, le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale (art. 56 de la constitution du 3 octobre 1958). Les membres du Conseil sont renouvelés par tiers tous les trois ans (cf. infra). Mais siègent également au Conseil constitutionnel comme membres de droit, et donc à vie, les anciens Présidents de la République. Il nous semble que ça n'est pas tant la procédure de nomination des membres par les autorités politiques qui mette en cause la légitimité du Conseil que la présence des anciens chefs d'Etat membres de droit. En effet, la voie procédurale de la nomination par les autorités politiques est à peu près admissible si on accepte l'idée que le Conseil constitutionnel, comme toute juridiction constitutionnelle, tranche un droit un conflit entre des normes par nature politiques (la loi et la constitution). En revanche, la présence des membres de droit m'apparaît infiniment plus condamnable, les anciens chefs d'Etat n'ayant rien à faire dans une institution qui veut présenter le visage d'une authentique juridiction.

Une réforme de la composition du Conseil constitutionnel est-elle envisageable ? Elle nous semble vivement souhaitable. Il en va de la légitimité de l'institution et, partant, de sa crédibilité tant aux yeux des acteurs institutionnels du contentieux constitutionnel que du peuple français.

I – Le procès en illégitimité fait à la composition du Conseil

Selon Jacques Krynen, « La faiblesse du dispositif français ne résiderait pas tant dans la sélection politique des membres du Conseil que dans les garanties de compétences de ces membres »². De manière schématique, et comme on l'indiquait en introduction, il semble que l'illégitimité soit moins une affaire de procédure de nomination (A) que de présence des membres de droit (B).

A – Pour la nomination

Nous avons toujours soutenu dans nos articles ou ouvrages la procédure de nomination à la française ; non que nous la trouvions la meilleure de toute ; elle est en tous cas moins pire que d'autres ! Pour autant, la procédure de nomination de l'art. 56 encourt trois critiques principales aisément discutables.

Premièrement, elle véhicule la politisation de l'institution. Nommées discrétionnairement, en théorie jusqu'à récemment (la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 encadre la procédure de nomination par une audition de chacun des candidats proposés par les hautes autorités par les commissions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale) , par les hautes autorités politiques, les personnalités choisies se réclameraient, plus ou moins ouvertement, de la sensibilité politique de l'autorité qui les a nommées (même si les deux derniers renouvellements triennaux de février 2007 et février 2010 doivent conduire à nuancer cette observation). Le choix d'amis politiques serait donc une constante dans les nominations depuis la création de l'institution. « L'esprit de faveur, d'amitié et de complaisance plus difficile à tuer que les malformations constitutionnelles à redresser pouvait régulièrement guider le choix des autorités de nominations », écrivait Charles Eisenmann³. Et il est vrai que le compagnonnage politique a pu se manifester tant à droite avec des autorités de nomination comme le général de Gaulle, Philippe Seguin

¹ Sur cette question v. F. Hourquebie, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, Bruylant, 2004.

² J. Krynen, L'Etat de justice, France, XIII-XXème siècles. L'empire des juges, Tome 2, NRF Gallimard, 2012, p. 329.

³ Ch. Eisenmann, Le Monde, 5 mars 1959.

ou Jacques Chirac ; qu'au centre avec Valéry Giscard d'Estaing, René Monory ou Christian Poncelet ; ou à gauche avec François Mitterrand, Laurent Fabius, Henri Emmanuelli ou Raymond Forni. Ces choix politiques s'accompagnant bien souvent d'arrière pensées stratégiques : ainsi Jacques Chirac nommant en 2007, à la fin de son mandat, Jean-Louis Debré certain d'avoir un allié objectif pour s'opposer à Nicolas Sarkozy, futur Président de la République⁴.

Dont acte. Mais une autre procédure de désignation serait-elle plus à même de minimiser le risque de politisation ? Nous ne le pensons pas. 1) Faire nommer les membres par le parlement ? C'est en partie le cas en Autriche où le Conseil national et le Conseil fédéral désignent trois juges [art. 147]. Une des solutions les pires : elle prive de la diversité dans les autorités de nomination et ouvre la voie aux marchandages politiques et aux pactes tacites. 2) L'élection ? En général à l'initiative des assemblées (en Allemagne – art. 94 huit membres sont élus par le Bundestag et huit par le Bundesrat ; en Espagne huit juges sur douze sont élus par les chambres, art. 159), elle est la quintessence de la politisation (y-a-t-il acte plus politique qu'une élection ?) qui oblige à des alliances objectives et des tactiques partisans pour parvenir aux suffrages requis par les conditions de majorité renforcée⁵.

Deuxièmement, la constitution française ne prévoyant aucune clause de compétence, les personnalités nommées sont taxées d'incompétence juridique. S'il est vrai que le Conseil constitutionnel est une des très rares Cours qui n'imposent aucune qualification juridique, il n'en ressort pas moins que les personnalités nommées sont, dans la très grande majorité des cas, toutes expérimentées. Compétence consacrée par un diplôme et expérience acquise par la pratique sont bien différentes. Et on ne peut qu'observer que la plupart des personnalités désignées depuis 1959 sont des juristes de formations ou sont titulaires de diplômes qui ouvrent la voie de carrières juridiques⁶ ; Environ 80% des soixante-neuf membres nommés jusqu'à ce jour justifient d'un diplôme permettant l'accès aux magistratures, onze professeurs de droit ont siégé⁷ – même si cela reste très inférieur au chiffre des autres Cours européennes-, trois Vice-présidents du Conseil d'Etat, un ancien Président de la Cour de justice de l'Union européenne, un ancien Premier président de la Cour de cassation etc.... Faut-il alors figer une exigence de capacité juridique dans une clause constitutionnelle de compétence ? Nous ne le pensons pas.

Car 1) comme nous l'indiquions, la quasi-totalité des membres détient déjà un diplôme de droit ou d'une grande école pas tout à fait étrangère à la formation juridique ; il n'est dès lors pas certain que graver cette exigence dans le marbre change quelque chose ;

2) Comment déterminer « la dignité juridique suffisante » pour reprendre l'expression de D. de Béchillon ?⁸ Exiger un doctorat exclurait bien souvent les magistrats des différents corps ; et exiger un master de droit exclurait souvent les élèves de grandes écoles ; et

3) L'absence de clause compétence avec niveau juridique requis permet de jouer la carte de la diversification des parcours et des expériences tellement nécessaire dans un contexte de constitutionnalisation tentaculaire des diverses branches du droit.

⁴ V. F. Hourquebie, Les nominations au Conseil constitutionnel, L.P.A., n° 108, 2001, pp. 9-16.

⁵ V. notamment L. Favoreu et W. Mastor, Les Cours constitutionnelles, Connaissance du droit, Dalloz, pp. 34 et s.

⁶ Ibid., p. 47-48 ; v. aussi l'analyse statistique de Dominique Rousseau in Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 9ème éd., 2010.

⁷ C'est à notre sens une faiblesse cruciale : la sagesse des autorités de nomination conduit rarement à choisir des professeurs de droit. Onze professeurs de droit ont été nommés jusqu'à aujourd'hui. Avec une « pointe » entre le 17 septembre 1964 et le 3 mars 1971, puisque trois d'entre eux ont siégé ensemble au Conseil (Marcel Waline, René Cassin et François Luchaire) et indéniablement pesé sur les débats (sur la nature juridictionnelle du Conseil par exemple) et sur le sens des délibérés (sur le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires notamment) v. F. Hourquebie, le pouvoir juridictionnel en France, LGDJ, 2010 ; et aussi notre commentaire dans B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau et X. Philippe (dir.), Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983, Dalloz, 2009, pp. 133 et s.

⁸ D. de Béchillon, art. cit., p. 116 : « L'aptitude à mener une discussion juridique de haut niveau ne saurait se résumer à la détention d'un titre académique ».

En découle fort logiquement la troisième critique : celle du caractère discrétionnaire de la nomination. L'encadrement substantiel (par une clause compétence) n'ayant pas été retenu, le constituant de 2008 a préféré un encadrement formel, de type procédural, puisque désormais (art. 56) les nominations sont soumises à l'avis des commissions des lois des deux assemblées pour le choix du Président de la République et de l'une ou l'autre des commissions selon que le choix est celui du Président du Sénat ou de l'Assemblée nationale. Elles rendent un avis public et disposent d'un droit de veto théorique puisqu'il ne peut être procédé à la nomination si la candidature recueille trois cinquièmes de suffrages négatifs ou plus. En réalité ce dispositif n'est guère contraignant dans la mesure où réunir trois cinquièmes de votes négatif (selon les prescriptions constitutionnelles) obligerait à des alliances entre la majorité et l'opposition, alliances que le fait majoritaire rend hautement improbable. D'où ces auditions sans surprise en 2010 – en l'absence de loi organique fixant les conditions procédurales – mais quelque peu piquantes parfois. Ainsi à l'endroit de Michel Charasse (à la demande de Manuel Valls : « À titre personnel, osez-vous censurer un projet de loi soutenu par l'autorité qui vous a nommé ? » ; ou de René Dosière « Que pensez-vous du fait que les anciens Présidents de la République siègent de droit au sein du Conseil constitutionnel ») et de réponses un peu inattendues de l'intéressé (« La dignité humaine a forcément valeur constitutionnelle puisque tout notre droit est protecteur de la personne humaine »)...

François Luchaire rappelait que l'alchimie parfaite pour la composition d'une juridiction constitutionnelle devait s'établir autour de trois critères : une majorité de juristes, des personnalités incontestables et un certain mélange de génération. Reste à savoir à laquelle de ces catégories appartiennent les membres de droit....

B – Contre les membres de droit

Que faire des anciens présidents de la République ?

Soyons clairs : la baguette magique du constituant devrait, une fois pour toute, faire disparaître les anciens présidents de la République du Conseil constitutionnel. Ils n'ont rien à faire dans cette institution. Que l'on s'entende bien : membres de droit signifie membres à vie !

Les propositions faites en ce sens devant le Comité Balladur, en charge de faire des propositions de révisions de la constitution, n'ont pas été suivies lors de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (les sénateurs y étaient favorables ; l'Assemblée nationale a rejeté la proposition en seconde lecture) ; et l'indigence de l'argument avancé par le Président de la République dans son discours prononcé le 1^{er} mars 2010 au Conseil constitutionnel ne peut évidemment pas suffire à convaincre tout juriste un tant soit peu éclairé sur cette question : « [...] Le Conseil constitutionnel ne saurait être une juridiction comme une autre. C'est la raison pour laquelle j'ai souhaité qu'il ne soit pas composé que de techniciens du droit et que les anciens présidents de la République y conservent leur qualité de membres de droit, parce que l'expérience d'un ancien chef de l'État, qui a fait fonctionner les institutions, peut apporter beaucoup à la qualité des décisions du Conseil, à leur équilibre, à leur réalisme »⁹.

On sait la raison, éminemment conjoncturelle, qui a présidé à cette anomalie constitutionnelle à savoir son adoption en gage de reconnaissance de l'action menée par René Coty et Vincent Auriol au moment de l'accession du général de Gaulle au pouvoir. Pour être tout à fait honnête, on pourrait peut-être trouver dans l'article 5 de la constitution une justification à cette disposition. La conception gaullienne de

⁹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/discours-prononce-le-1er-mars-2010-par-m-nicolas-sarkozy-president-de-la-republique.52885.html>

l'arbitrage devait faire du Président le gardien du respect de la constitution¹⁰. Le débouché naturel peut alors être un siège au sein de l'institution qui est le gardien juridictionnel du texte fondamental, à savoir le Conseil constitutionnel. De surcroît, alors même que les membres nommés ne sont pas soumis à une obligation constitutionnelle de compétence juridique, il pourrait paraître paradoxal de vouloir se priver de l'éminente expérience de la plus autorité politique de l'Etat. Mais là encore cette explication est trop insuffisante au regard des conséquences qui découlent de la présence des membres de droit. Car avec le raccourcissement de la durée du mandat présidentiel à cinq ans, la limitation à deux mandats consécutifs, l'élection de Présidents de plus en plus jeunes et l'allongement de l'espérance de vie, à moyen terme, les anciens Présidents de la République pourraient bientôt constituer la majorité des membres du Conseil.

Ce procès en illégitimité de la composition du Conseil constitutionnel apparaît donc, à certains égards, tout à fait légitime.

II – La légitimité du procès fait à la composition du Conseil

« Le CC peut-il demeurer longtemps un acteur moyen du jeu politique si la composition et les modes de recrutement ne changent pas » ?¹¹ Le procès en illégitimité, s'il confine un peu au « marronnier de la conversation juridique »¹², n'en apparaît pas moins pertinent dans la mesure où il met en question la juridictionnalisation de l'institution (A) ; juridictionnalisation qui oblige à quelques réformes de la composition pour limiter encore davantage la politisation (B).

A. Plus de juridictionnalisation

Michel Fromont disait du Conseil constitutionnel qu'il était un « modèle atypique », ce qui veut tout dire sur sa nature juridictionnelle qui, si elle s'apprécie bien entendu à l'aune de la procédure applicable, s'évalue aussi, en amont, à la lumière du recrutement et de la compétence des juges qui forment la Cour.

Ainsi, de la particularité de la composition résulte une récurrente question sur la nature ambivalente de cet organe lequel participe hautement du pouvoir juridictionnel mais qui, du fait de la désignation discrétionnaire de ses membres par trois autorités politiques, voit constamment peser sur lui le soupçon de politisation »¹³. C'est en trame de fond la lancinante question de la juridictionnalisation qui est en débat. Comment admettre que le Conseil constitutionnel devienne un membre à part entière du club des Cours constitutionnelles européennes si sa composition ne permet pas de refléter les garanties qu'un justiciable est en droit d'attendre lors d'un procès, fût-il constitutionnel. Hésitation que traduisait Maurice Duverger pour qui « Le terme de juridiction politique exprime le caractère ambigu de l'institution. (...). Elle intervient dans des matières politiques et plus encore dans des buts politiques ; ses membres doivent avoir l'indépendance des magistrats mais leur recrutement est politique ».

Encore une fois ce n'est pas, selon nous, les membres nommés qui font planer un doute sur la juridictionnalisation, car les garanties d'indépendance, consubstantielles à l'activité juridictionnelle, sont là. La durée des fonctions (neuf ans), leur non renouvellement et l'inamovibilité qui en découle qui

¹⁰ Article 5 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités

¹¹ J. Krynen, op. cit., p. 332.

¹² D. de Béchillon, art. cit., p. 115.

¹³ J. Krynen, op. cit., p. 328.

sont les marqueurs objectifs de cette indépendance du juge constitutionnel¹⁴. A quoi s'ajoute, sur un plan plus subjectif, le fameux devoir d'ingratitude qui trouve à s'exercer à compter du moment où la personnalité nommée n'a plus rien à attendre de l'autorité de nomination. « La fonction saisit l'homme quand c'est un honnête homme », écrivait encore Georges Vedel¹⁵. C'est ainsi, et grâce au renouvellement par tiers tous les trois ans qui évite les ruptures de jurisprudence consécutives aux changements de majorités politiques, que le Conseil constitutionnel est davantage perçu comme une juridiction régulatrice des alternances politiques que comme une institution partisane. Les censures récentes en témoignent encore¹⁶.

C'est bien entendu sur les membres de droit que pèse tout le poids de la politisation et donc, partant, du défaut de juridictionnalisation. Si la juridiction constitutionnelle est nécessairement politique au vu de la spécificité du contentieux qu'elle a à connaître, il n'est pas pour autant acceptable qu'une cause soit tranchée par une institution qui à la fois, se veut être juridiction et qui comprend en son sein les personnalités les plus politiques qui soient, les Présidents de la République. Cette composition n'est pas acceptable dans le cadre du contrôle abstrait de la constitutionnalité ; elle l'est encore moins, a fortiori, dans le cadre du contrôle exercé via la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1). Et l'argument selon lequel les Présidents de la République ne prennent pas part aux audiences de question prioritaire de constitutionnalité au motif de la trop grande technicité ne suffit pas à être le soupçon du défaut de juridictionnalisation, même si cet argument plaide, a contrario, pour l'absence de compétence suffisante des anciens Présidents dans des contentieux juridiques techniques et, partant, pour leur exclusion du Conseil constitutionnel. Le Conseil n'est pas un club prestigieux pour les retraités de la politique ! De surcroît, et quel que soit le contentieux, une présence aléatoire, laissée à l'appréciation du membre de droit, peut être interprétée d'une part, comme une stratégie politique visant à soutenir ou à s'opposer au pouvoir en place ; et d'autre part, peut avoir pour effet de changer les équilibres en terme de partages de voix au moment d'un vote ce qui est éminemment contestable tant pour l'autorité des décisions que pour la légitimité de l'institution en tant que juridiction.

Des réformes dans la composition s'imposent assurément pour éloigner encore davantage le spectre de la politisation.

B. Moins de politisation

Bernard Chenot, ancien Vice-président du Conseil d'Etat affirmait : « Je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil fût un organe juridictionnel ; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il remplit ».

Que faudrait-il alors pour contredire cette opinion ? Trois pistes, somme toutes simples et assez évidentes peuvent être explorées.

- Supprimer les membres de droit ;

Pour autant doit-on se départir de l'expérience des anciens Présidents ? Non bien entendu ; leur parole et leur expérience est nécessaire dans un contexte libéral tourmenté. Or les faire siéger au Conseil

¹⁴ A quoi s'ajoute un régime d'inéligibilités, d'incompatibilités, d'interdictions et une obligation de réserve.

¹⁵ Le Conseil constitutionnel à quarante ans, Conseil constitutionnel et LGDJ, 1999, p 66.

¹⁶ F. Hourquebie, Le pouvoir juridictionnel en France, préc.

implique de les assujettir à l'obligation de réserve des membres¹⁷, ce qui est au final préjudiciable. Pourquoi ne pas alors envisager de les nommer sénateurs à vie (au besoin sans voix délibérative) ? Ce qui serait à la fois conforme à la notion d'arbitrage constitutionnel consacré à l'art. 5 de la constitution, à l'exigence de juridictionnalisation du Conseil, et à la révérence que l'on doit à un ancien chef d'Etat. L'exemple italien pourrait inspirer le constituant français¹⁸.

- Remplacer les membres de droit ;

Cela permettrait un alignement sur les effectifs qui composent les Cours constitutionnelles en Europe et qui sont plus proches de douze ou quinze que de neuf. Ainsi, trois membres supplémentaires pourraient être nommés en remplacement des membres de droit qui, aujourd'hui, dans une hypothèse théorique haute pourraient précisément être trois (J. Chirac, V. Giscard d'Estaing et N. Sarkozy). Deux possibilités pour la désignation de ces membres. 1) Maintenir une nomination par les trois hautes autorités politiques de sorte qu'elles devraient désormais nommer quatre membres tous les trois ans, ce qui impliquerait un renouvellement par quart tous les trois ans, mais qui soulèverait le problème de savoir quelle autorité aurait la compétence pour nommer deux membres. Soit cette compétence échoit au Président de la République au nom de la logique de la Vème République, et alors la critique de politisation excessive risque de revenir. Soit une quatrième autorité de nomination intervient (et ça ne peut-être le Premier Ministre en raison de l'instabilité constitutionnelle qui le caractérise). Cette solution pose peut-être davantage de problème qu'elle n'en résout. C'est pourquoi, on peut envisager 2) que les trois membres supplémentaires soient nommés par les hautes juridictions (Cour de cassation, Conseil d'Etat et Cour des comptes) avec deux avantages de poids : donner au Conseil constitutionnel toujours l'assurance de disposer dans ses rangs de juges expérimentés, ce qui est indéniablement un gain depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité ; donner au Conseil constitutionnel des juges déconnectés des nominations dites « politiques »¹⁹

- Resserrer le contrôle sur la nomination ;

Il faut faire en sorte que les auditions désormais prévues à l'article 56 de la constitution puissent véritablement éclairer les membres des commissions des lois sur les motivations et les convictions des personnalités pressenties. On l'a dit, le nouveau système ne contraint guère véritablement l'autorité de nomination.

Sans aller jusqu'à la transposition des redoutables procédures d'auditions de confirmation du Sénat américain (les hearings) au cours desquelles la carrière (ce qui est nécessaire) et la vie privée (ce qui est discutable) des juges pressentis à la Cour suprême est passée au crible, il conviendrait peut-être d'abaisser la condition de majorité renforcée de votes négatifs au-delà de laquelle la nomination est impossible ; ou renverser radicalement le système en estimant qu'une nomination ne peut intervenir qu'avec l'accord des trois-cinquièmes des suffrages exprimés. Obtenir la confiance en réunissant une telle condition de majorité est incontestablement plus redoutable que de parvenir à faire l'objet d'un vote de défiance dans les mêmes conditions de majorité. Dans la première hypothèse, si la nomination n'intervient pas, l'échec est imputable au manque de conviction de la personnalité présentée ; dans la seconde hypothèse l'échec de la nomination est davantage imputable au manque de sens politique de l'autorité de nomination.

Reste à savoir ce qui est le plus grave...

Dans tous les cas l'exotisme français a encore quelques beaux jours devant lui sauf si l'actuelle commission de rénovation et de modernisation de la vie politique voulue par le Président Hollande et

¹⁷ Dans une décision électorale du 7 novembre 1984, le Conseil a été amené à se prononcer sur leur condition et a estimé que « sous la seule réserve de la dispense de serment, ils sont soumis aux mêmes obligations que les autres membres », Décision n° 84-983, AN, 7 novembre 1984, Puy-de-Dôme, 2ème circ, Rec., p. 117.

¹⁸ Sur cette question v. aussi D. de Béchillon, Appel au calme sur la composition du Conseil, RDA, fev. 2012, p. 116.

¹⁹ Proposition de D. de Béchillon, art. cit., p. 116.

présidée par l'ancien Premier Ministre Lionel Jospin, se saisissait de la question et formulait la proposition que tous les professeurs de droit constitutionnel attendent...

Document n° 5 : Discours de Jean-Louis DEBRÉ, Palais de L'Élysée – 5 janvier 2016

Monsieur le Président de la République,

Bonne et chaleureuse année à vous-même, à tous ceux qui vous sont chers, à vos collaborateurs.

Que cette année 2016 soit pour les français et les françaises, ce « rêve d'avenir partagé » pour reprendre l'expression de Renan.

Pour le Conseil constitutionnel, l'année 2015 a été marquée par le décès d'Hubert Haenel. Européen engagé, c'était un humaniste.

Nous avons accueilli avec satisfaction Jean-Jacques Hyest.

Un nouveau Secrétaire général, Laurent Vallée a succédé à Marc Guillaume. Je veux devant vous, Monsieur le Président de la République, rendre un hommage particulier à ces deux hauts fonctionnaires.

Monsieur le Président de la République, la France a tremblé en 2015.

A sa place, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de différents textes qui ont été conçus pour tenter de parer les menaces dont notre pays est la cible.

Ainsi, en contrôle a priori, il s'est prononcé sur la loi relative au renseignement, que vous lui avez vous-même déferée, c'était une initiative sans précédent en matière de contrôle de constitutionnalité de la loi. Après une censure, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de la loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales.

En contrôle a posteriori, les QPC, le Conseil s'est en particulier prononcé sur les dispositions relatives à l'interdiction de sortie du territoire français. Très récemment, il a aussi statué, en onze jours, sur les dispositions de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, modifiée par la loi du 20 novembre dernier, qui régissent les assignations à résidence.

Politiques et medias ont trop souvent tendance à réduire la portée de telles décisions à leur impact immédiat sur l'actualité politique ou sur les désaccords du moment. Elles ne sont lues qu'en fonction de l'écume de l'actualité. Ce n'est pas ce qui importe.

L'essentiel c'est la jurisprudence. Stable, d'application prévisible, il lui revient à la fois d'encadrer l'action des pouvoirs publics et de répondre aux nombreux défis de notre temps. Elle se doit d'être indifférente aux tumultes du moment et pénétrée de l'idéal républicain qui est au cœur de notre Constitution.

Dans les affaires que j'ai évoquées, il était frappant de constater combien les projets du Gouvernement, les rapports et les débats parlementaires faisaient largement référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le Parlement s'est positionné au regard de cette jurisprudence. C'est ainsi qu'en amont même des décisions qu'il rend, le Conseil constitutionnel contribue à la défense des droits et libertés garantis par la Constitution.

C'est pourquoi cette année, comme les précédentes, nous avons tenté de maintenir une jurisprudence ferme, cohérente, et soucieuse de garantir à nos concitoyens l'application des droits et libertés prévus par la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a rendu au total 146 décisions en 2015, dont 86 en contrôle de la loi. 68 QPC ont été jugées, soit une de plus que l'an dernier, et 18 décisions ont été rendues sur saisine a priori.

L'année fut riche en raison de l'activité législative. Outre les textes que j'ai déjà mentionnés, le Conseil a statué sur la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, sur la loi organique relative à la consultation sur l'accèsion de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté, sur la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte ou encore sur la loi relative au dialogue social et à l'emploi.

S'agissant de la QPC, inutile je crois d'y insister, elle est désormais pleinement installée et le temps où elle n'existait pas paraît déjà bien loin.

Ce travail, qui a conduit le Conseil constitutionnel à rendre en 5 ans plus de décisions qu'il n'en avait rendu en plus de 50 ans, a été réalisé grâce à un effectif stable, en particulier le même nombre de collaborateurs qu'il y a neuf ans et un budget, cette année encore, en diminution. Comme le remarque le rapport de la Commission des finances du Sénat, au total notre budget aura, volontairement de notre part, été réduit de plus de 23 % en cinq ans.

Monsieur le Président de la République, dans deux mois le Conseil aura une nouvelle composition. Ces neuf années furent une expérience passionnante en particulier en raison de l'aventure de la QPC qui a donné une dimension au Conseil que personne ne pouvait tout à fait anticiper.

La QPC a, au fond, accentué les traits les plus éminents de notre institution :

- un rôle essentiel d'arbitrage et de régulation des pouvoirs publics ;
- une vigilance sans faille sur la garantie des droits et libertés, exercée dans des conditions totalement renouvelées ;
- enfin indépendance et mesure, les qualités qui doivent caractériser toutes nos décisions.

En résumé, avec la QPC, à la défense des grandes libertés s'est ajouté le souci des droits individuels de chacun.

La QPC a l'avenir devant elle. Ceux qui nous succéderont auront, j'en suis sûr, à cœur de prolonger le travail accompli depuis la révision constitutionnelle pour continuer de la faire vivre.

Avec le recul dont je dispose, que je peux qualifier d'expérience, il me paraît néanmoins capital de laisser intactes ses caractéristiques principales.

Alors qu'en bientôt six ans, le Conseil constitutionnel a commencé à développer une jurisprudence qui, pour être jeune, est néanmoins essentielle, je trouve regrettable qu'on s'intéresse moins aux lignes de force de cette jurisprudence qu'à l'institution qu'est le Conseil constitutionnel. On se passionne pour les règles de fonctionnement de l'institution en oubliant que ce sont ses décisions qui forgent son autorité et sa crédibilité.

Je veux dire ici, de nouveau, combien les sempiternelles idées relatives, par exemple, aux opinions dissidentes ou à l'augmentation du nombre des membres du Conseil procèdent d'une méconnaissance profonde de notre institution.

A l'inverse, je reconnais qu'il conviendra peut-être, pour poursuivre l'évolution du Conseil, d'envisager que les anciens Présidents de la République ne soient plus membres de droit. Il pourrait être également

permis, sous certaines conditions, au Défenseur des droits et aux autorités administratives indépendantes de saisir directement le Conseil sans passer par le filtre du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation.

Peut-être aussi, je sais combien cette idée soulève encore d'oppositions, conviendra-t-il que le Conseil constitutionnel, dans le futur, s'interroge sur l'extension de son contrôle au respect des conventions internationales. En somme, doit-il continuer de se borner au seul contrôle de constitutionnalité ?

Ce sont les décisions du Conseil constitutionnel, par leur contenu et la sécurité qu'elles apportent, qui permettent d'accorder le Conseil et la Constitution au mouvement de l'histoire, sans jamais renoncer aux principes qu'elle contient.

Bientôt six ans de jurisprudence constitutionnelle depuis la QPC, c'est beaucoup dans un pays qui n'en avait guère. C'est néanmoins très peu par rapport à des cours comparables. Laissons au Conseil constitutionnel le temps d'évoluer de lui-même, comme nous l'avons fait au cours de ces neuf dernières années. Espérons qu'une nouvelle page de son histoire va pouvoir s'écrire.

Monsieur le Président de la République, au moment où notre société connaît des violences et des convulsions inédites, votre charge et vos responsabilités sont particulièrement essentielles pour la nation. En vous renouvelant ses vœux pour l'année 2016, le Conseil constitutionnel vous assure de sa volonté de continuer à œuvrer pour que la Constitution soit l'un des lieux de rassemblement de notre pays.

Mais permettez-moi de terminer par cette citation de Jaurès extraite de son discours lors de la traditionnelle cérémonie des Prix au Lycée d'Albi le 30 juillet 1903 :

« Dans notre France moderne, qu'est-ce donc que la République ? C'est un grand acte de confiance. Instituer la République, c'est proclamer que des millions d'hommes sauront tracer eux-mêmes la règle commune de leur action ; qu'ils sauront concilier la liberté et la loi, le mouvement et l'ordre ; qu'ils sauront se combattre sans se déchirer ; que leurs divisions n'iront pas jusqu'à une fureur chronique de guerre civile, et qu'ils ne chercheront jamais dans une dictature même passagère une trêve funeste et un lâche repos ».

Document n° 6 : Julie BENETTI - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 38 (Dossier : Le Conseil constitutionnel et le Parlement) - janvier 2013

Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Résumé : En accordant le droit de saisine du Conseil constitutionnel à une minorité de parlementaires, la révision du 29 octobre 1974 a tout à la fois consacré le premier des droits de l'opposition parlementaire et donné naissance en France à la justice constitutionnelle. Recours objectif en contestation de la loi, la saisine parlementaire n'en est pas moins et d'abord un acte politique. Cependant, même tributaire de considérations politiques, la saisine parlementaire emporte des conséquences juridiques et contentieuses qui échappent largement aux saisissants.

« Quand les parlementaires de la majorité dénoncent le gouvernement des juges à propos d'une décision censurant une loi votée par elle, ils négligent le fait essentiel que ce sont d'autres parlementaires qui ont saisi le Conseil constitutionnel aux fins de voir prononcer cette inconstitutionnalité » (Robert Badinter, Le Monde, 23 novembre 1993).

La saisine parlementaire du Conseil constitutionnel est de ces sujets dont la connaissance n'épuise jamais l'intérêt (1). Peu de réformes depuis 1958 ont eu plus d'incidences, en effet, sur l'évolution de nos institutions. Celle du Conseil constitutionnel, tout d'abord : « le Conseil constitutionnel est né une seconde fois en 1974 », comme l'a affirmé son ancien président, Pierre Mazeaud (2). Jusque-là embryonnaire, le contentieux constitutionnel français a véritablement éclos et prospéré avec la révision du 29 octobre 1974. Mais les répercussions politiques ont été, au moins au départ, plus fortes encore. En ouvrant la saisine du Conseil constitutionnel à une minorité parlementaire, le constituant de 1974 a consacré, ainsi que l'a écrit Guy Carcassonne, « le premier, en date et en importance, des droits nouveaux de l'opposition » (3).

Présentée comme une réforme originale à son adoption, la reconnaissance d'un droit de saisine parlementaire, entendu comme le droit pour une minorité de parlementaires de déférer les lois non encore entrées en vigueur au contrôle du Conseil constitutionnel, avait été envisagée dès l'été 1958 (4). Son principe en avait même été accepté par le Comité consultatif constitutionnel avant d'être finalement abandonné devant, semble-t-il, les réticences de Michel Debré et la crainte d'une dérive vers un gouvernement des juges. Seules les quatre plus hautes autorités de l'État ont donc reçu en 1958 le droit de saisir le Conseil constitutionnel. Cette restriction initiale est symptomatique de la méfiance des constituants envers le contrôle de la constitutionnalité des lois auxquels ils veulent donner un caractère exceptionnel et un objet limité, pour l'essentiel, à la régulation des compétences normatives.

De fait, au terme des quinze premières années d'exercice, le bilan du contrôle de la constitutionnalité des lois reste proprement dérisoire : de 1959 à 1974, seulement neuf décisions sont rendues par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 61, alinéa 2, dont six sur saisine du Premier ministre pour faire sanctionner les dépassements de pouvoir du Parlement. Seul le président du Sénat s'oppose à trois reprises à la volonté du bloc majoritaire, son recours contre la loi relative au contrat d'association offrant au Conseil de poser, le 16 juillet 1971, le premier jalon constitutionnel de la protection des libertés (Cons. const., déc. n° 71-44 DC).

Le risque d'abus de pouvoir de la majorité et la garantie des droits de la minorité appellent une mutation du rôle du Conseil constitutionnel et, partant, l'aménagement de sa saisine. Indissociable de la décision Liberté d'association rendue trois ans plus tôt, dont elle a permis de déployer les effets, la révision du 29 octobre 1974 vient finalement déverrouiller l'accès au juge constitutionnel en étendant la faculté de sa saisine à soixante députés ou soixante sénateurs afin de vérifier la constitutionnalité des lois (à l'exclusion, comme le Conseil constitutionnel en a décidé, des lois référendaires et constitutionnelles, les lois organiques relevant par ailleurs d'un régime spécifique de transmission (5)).

La novation est double et son ambivalence manifeste. Destinée à la minorité parlementaire, la révision affecte par ricochet le rôle du Conseil constitutionnel. Pour la première, c'est la perspective de mettre en échec une logique majoritaire appliquée jusqu'alors dans toute sa rigueur, pour le second, celle de devenir, à la suite de sa décision de 1971, le garant de l'ordre constitutionnel libéral.

Les motivations politiques de la réforme le disputent à ses implications juridiques. Le succès de la révision dépend au premier chef de l'attitude des nouveaux saisissants et du gain politique que ceux-ci peuvent escompter du recours au juge mais, pour cette raison même, c'est l'efficacité du contrôle a priori opéré par le Conseil constitutionnel qui donnera à la réforme sa pleine portée.

Une alliance objective se noue entre opposition parlementaire et Conseil constitutionnel. L'usage de la saisine parlementaire donne naissance en France à la justice constitutionnelle. C'est sous l'afflux des

recours qu'évoluent la procédure contentieuse et les méthodes suivies par le juge constitutionnel et c'est à la faveur des décisions rendues que le Conseil édifie progressivement une charte constitutionnelle des droits et libertés. Réciproquement, la saisine du Conseil constitutionnel devient très vite pour l'opposition parlementaire le plus sûr moyen de mettre en cause le programme législatif du gouvernement et de sa majorité, le meilleur rempart à la toute-puissance majoritaire.

Ainsi, le droit de saisine parlementaire intéresse-t-il autant le jeu politique (I) que la justice constitutionnelle (II) et c'est donc à ce double niveau qu'il convient d'en apprécier la portée.

I - Saisine parlementaire et jeu politique

Recours objectif en contestation de la loi, la saisine parlementaire n'en est pas moins et d'abord un acte politique. Politique, elle l'est à un double titre, tant du fait de la qualité des autorités de saisine qu'au regard de la nature des mobiles qui la sous-tendent. Donnant à la révision de 1974 une ampleur que ses promoteurs n'avaient pas anticipée, les oppositions parlementaires successives ont fait du recours au Conseil constitutionnel un levier d'action politique habituel, recherchant la censure immédiate de la loi quitte à ce que ces victoires juridiques ne limitent leur propre marge de manœuvre une fois revenues au pouvoir.

Une réforme politique

« La réflexion qui m'a conduit à cette proposition [de réforme] était politique et non juridique » (6). En prenant l'initiative de la révision constitutionnelle de 1974, l'ancien président de la République, Valéry Giscard d'Estaing, affirme avoir suivi « un raisonnement politique » : il s'agit tout à la fois de fixer des limites à la « tentation d'abus du pouvoir de la majorité » et de donner, dans la foulée de son élection, « un signal de changement » (7). Recevant à son entrée en fonction le président du Conseil constitutionnel, Roger Frey, il l'interroge sur les réformes susceptibles d'être mises en œuvre. Deux propositions sont avancées : l'autosaisine du Conseil constitutionnel et - « en deuxième rang » (8) - l'ouverture de sa saisine aux parlementaires. Cette dernière n'est pas citée par le chef de l'État dans son message aux assemblées du 30 mai 1974, alors qu'il y annonce par ailleurs plusieurs mesures à destination de l'opposition. Déposé à la fin du mois de septembre suivant, le projet de révision retient finalement les deux options.

Saisie la première du texte, l'Assemblée nationale supprime d'emblée la disposition autorisant le Conseil constitutionnel à se saisir d'office « des lois qui lui paraîtraient porter atteinte aux libertés publiques garanties par la Constitution » (9). Le second volet de la réforme est admis dans son principe par les deux chambres, mais la question des modalités de la saisine parlementaire fait débat. La solution retenue par le gouvernement accordant le bénéfice de la saisine au « cinquième au moins des membres composant l'une ou l'autre Assemblée » est remise en cause par les députés. Ceux-ci proposent que le Conseil constitutionnel puisse être saisi par un dixième de parlementaires, pris indistinctement dans les deux chambres ou seulement l'une d'entre elles. Favorable à l'Assemblée nationale (le seuil étant abaissé à soixante-dix-huit députés au lieu de quatre-vingt-dix-huit dans le texte gouvernemental), cette règle du dixième des parlementaires devenait à l'inverse plus contraignante pour le Sénat, en cas de saisine isolée, que celle du cinquième de ses membres (l'effectif requis passant à soixante-dix-huit sénateurs contre cinquante-sept dans le projet initial). À la faveur d'un compromis, le seuil est finalement fixé à soixante députés ou soixante sénateurs, la saisine étant par ailleurs instituée séparément dans chaque chambre suivant la volonté du Sénat.

Loin du retentissement attendu, la réforme est tièdement accueillie. Le mode de composition du Conseil constitutionnel n'étant pas affecté par la révision, les parlementaires de l'opposition auxquels l'extension du droit de saisine est pourtant destinée refusent de l'adopter. « Telle quelle, déclare André Chandernagor devant le Congrès du Parlement, cette révision nous apparaît inopportune, dérisoire, inadéquate enfin aux problèmes particuliers qu'elle prétend résoudre » (10). La doctrine ne prend pas davantage la pleine mesure de la portée de la réforme (11). L'artisan même de cette révision, Valéry Giscard d'Estaing, pense alors que le droit de saisine parlementaire aurait « une utilisation relativement exceptionnelle » (12).

Un levier d'action politique

Le succès de la réforme est pourtant immédiat : en deux années d'application, le Conseil constitutionnel est saisi plus souvent par les parlementaires qu'il ne l'avait été au cours des seize années précédentes par les autres autorités de saisine. La courbe des recours parlementaires va croissante pour se stabiliser à compter de 1977 autour de huit saisines annuelles. L'alternance de 1981 accélère la fréquence des recours, le Conseil constitutionnel statuant en moyenne plus de dix fois par an. Le nombre des saisines parlementaires se maintient à un niveau comparable au cours de la législature suivante pour suivre depuis lors une trajectoire régulière (soixante-trois sous la XIII^e législature, soit une moyenne de douze par an), sans être pour autant linéaire, les variations étant importantes d'une année à l'autre (13).

De l'analyse très précise de Pascal Jan de l'évolution du nombre des recours parlementaires, il ressort que les pics statistiques coïncident généralement avec l'arrivée d'une nouvelle majorité à l'Assemblée nationale et, en cours de législature, avec un changement de gouvernement (14). Ce même auteur relève un autre phénomène marquant, celui de la montée en puissance des saisines sénatoriales (15) : même plus contraignante pour les sénateurs, l'exigence des soixante signatures n'a donc pas, semble-t-il, pesé sur leur faculté de recours.

Rapporté au nombre de lois adoptées, le bilan quantitatif de la saisine parlementaire apparaît plus modeste. Même en retranchant celles autorisant la ratification d'un engagement international, ce sont en moyenne, les variations étant ici encore très marquées d'une année à l'autre, moins de 20% des lois que les parlementaires défèrent chaque année au contrôle du Conseil constitutionnel. Encore toutes les lois ne sont-elles pas affectées de façon équivalente, les matières financières et économiques ainsi que les textes touchant aux libertés publiques étant le plus fréquemment soumis à l'examen du juge.

Outre qu'il vient contrecarrer l'idée selon laquelle les parlementaires auraient cédé à l'abus de droit, cet usage modéré et en même temps stratégique du droit de saisine révèle nettement sa dimension politique : il ne s'est jamais agi de faire contrôler toutes les lois mais de cibler celles dont la censure est à la fois juridiquement possible et politiquement rentable. Le recours au Conseil constitutionnel n'a ainsi été « pratiquement actionné que par la seule opposition politique » (16). Aussi bien les saisines émanant d'une fraction du groupe majoritaire (17) que celles déposées par les groupes minoritaires (18) sont restées exceptionnelles. Le seuil des soixante signatures a freiné sans aucun doute les velléités contestataires et l'on peut présumer que les recours dissidents et minoritaires auraient été plus nombreux si le droit d'accès au Conseil constitutionnel avait été reconnu aux groupes parlementaires.

Mais l'essentiel n'est pas là. La saisine parlementaire du Conseil constitutionnel est un moyen d'action politique contre le gouvernement et sa majorité dont la loi entérine la volonté et, comme tel, elle ne peut être le fait que de ceux qui les combattent : les groupes d'opposition à l'Assemblée nationale tandis qu'au Sénat, l'opposition au pouvoir peut aussi, selon les périodes (1981-1986, 1988-1993, 1997-2002, 2011-2012), émaner du groupe majoritaire.

En accordant à une minorité de parlementaires le droit de mettre en cause la loi votée par le Parlement, la révision de 1974 a donné naissance à un statut de l'opposition. Abandonné dans l'hémicycle aux seuls rapports de force politiques, le contrôle du gouvernement et de sa majorité se double, avec l'ouverture du droit de saisine du Conseil constitutionnel, d'une dimension juridique qui échappe à la logique majoritaire. L'opposition cesse d'avoir « juridiquement tort » parce qu'elle est « politiquement minoritaire » (comme le député, André Laignel, l'avait imprudemment avancé (19)). L'infériorité numérique des parlementaires de l'opposition ne signe plus leur impuissance. Déplacée sur le terrain constitutionnel, la défaite du gouvernement entre dans le champ des possibles.

Les effets du contrôle sur la mise en œuvre effective du programme législatif de la majorité sont finalement assez limités, aucun changement politique majeur n'ayant été proprement bloqué par une décision du Conseil constitutionnel. Mais l'invalidation d'une seule disposition législative qu'elle avait contestée au cours du débat parlementaire, voire même une simple réserve d'appréciation, assure à l'opposition le succès de son combat tandis que, par la répétition des recours, le pouvoir politique se soumet progressivement au respect des règles supérieures.

La juridicisation du débat politique

La menace du recours au Conseil constitutionnel imprègne peu à peu le travail d'écriture de la loi. Si elle exprime un choix politique, la loi s'inscrit aussi dans un ordre juridique dont les contraintes constitutionnelles se densifient à mesure des saisines parlementaires et des décisions rendues. La formule restée célèbre du Conseil constitutionnel, dans sa décision du 23 août 1985, marque la mesure du changement induit par la révision de 1974 et l'afflux des recours : « la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

Non sans résistances, par une sorte d'acculturation forcée des gouvernants, la production législative obéit progressivement à ce que l'ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, Bruno Genevois, a appelé « une logique de la prévention des inconstitutionnalités » (20). Ainsi, dans sa circulaire du 25 mai 1988 relative aux méthodes du travail gouvernemental, le Premier ministre, Michel Rocard, enjoint-il aux membres de son gouvernement « de tout faire pour éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi ».

Relativement absents jusqu'en 1974 du débat parlementaire, les principes et la jurisprudence constitutionnels y sont désormais régulièrement invoqués par l'opposition, au premier chef, qui agite la menace d'un recours au Conseil constitutionnel. Mais la majorité, sans prendre elle-même l'initiative de la saisine, peut aussi arguer d'un risque de censure pour obtenir des modifications du projet gouvernemental. À l'inverse, d'autres de ses amendements peuvent être écartés par l'exécutif au motif précisément de leur inconstitutionnalité supposée.

Les caractères du contrôle opéré par le juge renforcent encore la prégnance des questions constitutionnelles dans le débat législatif. S'il n'intervient qu'au terme du processus parlementaire, le recours au Conseil constitutionnel suit immédiatement l'adoption de la loi dont il suspend la promulgation, la décision devant être rendue dans le délai très bref d'un mois suivant la saisine. Cette quasi-simultanéité des temps politique et juridique entraîne le Conseil constitutionnel dans le jeu politique. Sa décision est appréciée au regard des enjeux politiques qui ont motivé sa saisine et qu'elle vient in fine arbitrer. Les implications de la sentence du juge constitutionnel sont d'autant plus marquées que cette dernière est irrévocable (sauf à recourir au pouvoir constituant), s'imposant au gouvernement et à sa majorité dont elle peut défaire la loi.

Si l'opposition parlementaire retire de la censure un gain immédiat, elle s'expose aussi, au gré des alternances, à soumettre ses propres options politiques à une jurisprudence constitutionnelle qu'elle aura contribué, par ses recours au juge, à développer.

II - Saisine parlementaire et justice constitutionnelle

Tributaire de considérations politiques, la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel emporte des conséquences juridiques et contentieuses qui échappent largement aux saisissants. Dès lors qu'à leur initiative la loi est déférée au contrôle de constitutionnalité, ceux-ci perdent la maîtrise du procès ouvert devant le Conseil constitutionnel et de ses implications sur l'activité législative. Quasi-absolu de la révision de 1974 à celle de 2008, le lien mécanique entre saisine parlementaire et contrôle de la constitutionnalité de la loi a été remis en cause par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité sans que celle-ci n'ait, cependant, induit pour l'heure d'évolution notable de la saisine parlementaire.

Le procès de la loi sur saisine parlementaire

Adoptée dans la foulée de la révision, la loi organique du 26 décembre 1974 comporte un article unique modifiant l'article 18 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel : « Lorsqu'une loi est déférée au Conseil constitutionnel à l'initiative de parlementaires, le Conseil est saisi par une ou plusieurs lettres comportant au total les signatures d'au moins soixante députés ou soixante sénateurs. Le Conseil constitutionnel [...] avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ces derniers en informent les membres des assemblées ».

La présentation de la saisine parlementaire n'obéit donc à aucune exigence particulière sinon qu'elle doit être écrite et signée par chacun des requérants. Ceux-ci sont libres de saisir le Conseil constitutionnel de manière collective ou individuelle, pourvu que le nombre requis de signatures soit atteint et la qualité des requérants authentifiée par leur signature manuscrite (Cons. const., déc. n° 96-386 DC du 30 décembre 1996). Aucun texte n'oblige par ailleurs les saisissants à présenter de griefs au soutien de leur requête, même si en pratique les recours sont le plus souvent motivés (21). Depuis 1983, les saisines sont publiées au Journal officiel (ainsi que, depuis 1994, les observations du gouvernement).

Le fait que la loi organique n'exige pas des saisissants une lettre unique préserve la liberté de chaque parlementaire de prendre, séparément des groupes, l'initiative d'un recours. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel peut être saisi, soit par un ou plusieurs groupes parlementaires atteignant chacun ou ensemble la dimension requise, émanant de l'une ou l'autre ou des deux assemblées, soit par l'adjonction, à ce(s) groupe(s), de parlementaires isolés, soit uniquement par des parlementaires agissant à titre individuel mais conjointement (dans le cas, par exemple, d'une saisine émanant d'une fraction du groupe majoritaire).

Déjà très exigeant pour les groupes parlementaires minoritaires et même, en cas de revers électoral, pour le principal groupe d'opposition (le groupe socialiste de l'Assemblée nationale ne comptait que 57 membres sous la Xe législature), le seuil des soixante signatures est pratiquement infranchissable pour des parlementaires agissant isolément des groupes. Au moins, ceux-ci pouvaient-ils, même sans réunir soixante signatures, développer dans une seconde requête des moyens nouveaux au soutien de la saisine principale (Cons. const., déc. n° 77-89 DC du 30 décembre 1977). Cette jurisprudence libérale a été abandonnée par le Conseil constitutionnel, toute demande qui n'est pas portée par au moins soixante députés ou soixante sénateurs ne pouvant être assimilée, au regard des termes de l'article 61 de la Constitution, à une saisine (Cons. const., déc. n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008). Un parlementaire,

même signataire d'une première saisine régulière, n'est donc pas autorisé à déposer, sous sa seule signature, un mémoire complémentaire soulevant de nouveaux griefs (Cons. const., déc. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999) ou a fortiori mettant en cause d'autres dispositions de la loi déferée (Cons. const., déc. n° 81-133 DC du 30 décembre 1981).

Soumis à l'exigence numérique des soixante signatures, le déclenchement du contrôle de constitutionnalité au titre de l'article 61, alinéa 2, est aussi enfermé dans de stricts délais : la loi doit être déferée au Conseil constitutionnel après son adoption définitive par le Parlement, dans l'ensemble de ses dispositions, mais avant sa promulgation dans les quinze jours qui suivent sa transmission au gouvernement. Une demande prématurée est par voie de conséquence frappée d'irrecevabilité (Cons. const., déc. n° 76-69 DC du 8 novembre 1976), le Conseil constitutionnel se déclarant par ailleurs incompétent pour statuer sur une requête introduite tardivement, même si la loi promulguée n'a pas été encore publiée (Cons. const., déc. n° 97-392 DC du 7 novembre 1997). Enfin, lorsqu'une première décision a été rendue, le Conseil constitutionnel rejette la requête ultérieure dirigée contre la même loi (Cons. const., déc. n° 2001-449 DC du 4 juillet 2001).

La promulgation de la loi n'étant suspendue à aucun délai minimum, l'empressement du chef de l'État peut, en théorie, priver les parlementaires d'exercer leur droit de saisine. En pratique, le recours est préparé bien en amont de la saisine proprement dite, si bien que l'urgence dans laquelle est finalisée la requête ne fait pas obstacle à la mise en œuvre du contrôle. Au demeurant, les saisines sont le plus souvent anticipées par le Conseil constitutionnel lequel, étant d'ailleurs averti en principe par les futurs saisissants, informe en amont les autorités chargées des formalités de la promulgation. Ce circuit d'informations officieux a jusqu'à présent suppléé efficacement aux lacunes des textes.

L'enregistrement de la saisine au secrétariat général du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation de la loi et fait courir réciproquement celui d'un mois (ramené à huit jours à la demande du gouvernement en cas d'urgence) dans lequel la décision doit être rendue. Après le temps parlementaire, peut alors commencer celui du juge constitutionnel.

Le procès de la loi indifférent à la saisine parlementaire

Le traitement des saisines parlementaires par le Conseil constitutionnel a progressivement obéi au principe du contradictoire. Aussitôt après son enregistrement, la saisine est communiquée aux présidences de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale ainsi qu'au secrétariat général du gouvernement. En sa qualité, discutée, de défenseur de la loi, celui-ci rédige des observations qui sont à leur tour communiquées aux requérants. La réplique éventuelle des saisissants est transmise au secrétariat général du gouvernement qui peut produire de nouvelles observations en réponse. Mais la juridictionnalisation du traitement des saisines parlementaires n'a pas entamé la nature intrinsèque du contrôle a priori de la constitutionnalité des lois. Contentieux objectif et abstrait, celui-ci vise exclusivement à la défense de la Constitution et, « une fois ouvert par la saisine, se détache des saisissants » [\(22\)](#).

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas laissé prendre au piège de son instrumentalisation politique que l'afflux des recours parlementaires a un temps laissé craindre. Saisi une seconde fois par l'opposition de la loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, dont l'unique disposition censurée lors de la première décision avait pourtant été modifiée, à la faveur d'une nouvelle délibération, pour en assurer la conformité à la Constitution, le Conseil prévient que l'objet du contrôle de constitutionnalité est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution »

(Cons. const., déc. n° 85-197 DC du 23 août 1985). Défendant de nouveau son office et alors qu'il avait été saisi cette fois par des députés de la majorité dont plusieurs avaient finalement souhaité se désister du recours, portant le nombre de saisissants à moins de soixante, le Conseil s'oppose à tout retrait affirmant qu'« aucune disposition [...] ne permet aux autorités ou parlementaires habilités à déférer une loi au Conseil constitutionnel de le dessaisir en faisant obstacle la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé » (Cons. const., déc. n° 96-386 DC du 30 décembre 1996).

Procès intenté à la loi, le contrôle du Conseil constitutionnel se déploie indépendamment de la saisine qui l'a déclenché. Ainsi, il est indifférent au juge constitutionnel que les saisissants ne contestent que certaines dispositions de la loi. Si le contrôle porte en premier lieu sur les dispositions attaquées, « il appartient au Conseil constitutionnel de relever toute disposition de la loi déférée qui méconnaîtrait des règles ou principes de valeur constitutionnelle » (Cons. const., déc. n° 95-360 DC du 2 février 1995). C'est donc l'entier contenu de la loi qui est indivisiblement soumis à l'examen du juge constitutionnel, même si la déclaration de conformité n'est désormais relative qu'aux dispositions spécialement examinées par le Conseil dans sa décision. De même, s'ils sont repris dans les considérants des décisions, les griefs invoqués par les requérants sont sans incidence sur la portée du contrôle du juge. Non pas que l'argumentation développée par les saisissants puisse ne pas influencer sur la décision rendue : « il n'est pas rare, relève Benoît Mercuzot, que telle interprétation développée par une requête inspire une décision du Conseil » (23). Mais, en tout état de cause, la motivation de la saisine ne circonscrit pas l'étendue du contrôle, soit que le Conseil constitutionnel soulève d'office un moyen pour censurer la disposition contestée, soit que la déclarant conforme, l'autorité de sa décision ne soit pas liée aux griefs invoqués dans la saisine. La saisine peut d'ailleurs ne comporter l'énoncé d'aucun moyen particulier (Cons. const., déc. n° 95-360 DC du 2 février 1995) sans pour autant faire obstacle au déclenchement du contrôle.

La saisine parlementaire ne serait donc qu'un « acte condition » (24) à la mise en œuvre du contrôle de la constitutionnalité de la loi. Encore l'action des parlementaires n'est-elle pas même nécessaire à l'ouverture du procès de la loi devant le Conseil constitutionnel.

Le procès de la loi sans saisine parlementaire

Le contrôle de la constitutionnalité des lois n'a jamais été, en droit, le monopole des parlementaires. Restriction importante, le régime spécifique d'examen des lois organiques, visé à l'article 61, alinéa premier, de la Constitution, neutralise le droit de saisine parlementaire à l'endroit de ces dispositions. Soumises au contrôle obligatoire du Conseil constitutionnel, les lois organiques lui sont automatiquement transmises par le Premier ministre (le Conseil n'étant donc pas, à proprement parler, « saisi »), cette transmission étant exclusive de toute autre procédure et faisant donc obstacle à une saisine parlementaire au titre de l'article 61, alinéa 2 (Cons. const., déc. n° 92-305 DC du 21 février 1992). Les parlementaires restent cependant autorisés à contester les dispositions de la loi organique qui ne ressortissent pas à son domaine d'intervention. Pour le reste, ils peuvent adresser des observations au Conseil constitutionnel, lesquelles sont visées dans la décision et font l'objet d'observations en réplique du gouvernement (Cons. const., déc. n° 2009-579 DC du 9 avril 2009).

S'agissant ensuite des lois ordinaires, même après la révision de 1974, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat (le chef de l'État n'ayant jamais usé quant à lui de cette prérogative) ont saisi en quelques occasions le Conseil constitutionnel. Ces voies d'accès au juge constitutionnel, théoriquement concurrentes de la saisine parlementaire, n'ont cependant joué qu'un rôle très marginal dans la mise en œuvre du contrôle de la constitutionnalité des lois ordinaires, soit que le chef du gouvernement ait voulu donner à une législation sensible ou controversée un brevet de

constitutionnalité (25), soit que de manière plus exceptionnelle encore, les seconds aient agi, *intuitu personae*, pour défendre les prérogatives de leur assemblée respective ou s'assurer du respect des droits et libertés constitutionnels (26).

C'est apparemment à ce dernier titre, « en vue de l'examen de sa conformité à la Constitution » et sans invoquer de grief, que les présidents des deux chambres ont déféré, en septembre 2010, la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public au contrôle du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010). Cette saisine concomitante des représentants du pouvoir délibérant, inédite depuis 1959, a visé à neutraliser toute contestation future de la loi, la procédure nouvelle de la QPC ne pouvant être dirigée contre les dispositions ayant déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

Une évolution des motivations des saisines parlementaires semble alors se dessiner, le contrôle du Conseil constitutionnel étant mis en œuvre non plus pour contester la loi mais pour lui assurer un brevet de constitutionnalité qui la rende inattaquable après sa promulgation. C'est ainsi qu'après les présidents des assemblées, les députés de l'opposition ont, par une nouvelle saisine « blanche », saisi le Conseil constitutionnel de la loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016. Ménageant la possibilité de futures QPC, le Conseil constitutionnel refuse cette fois, en l'absence de « motif particulier d'inconstitutionnalité ressort[ant] des travaux parlementaires », d'examiner spécialement d'office les dispositions de la loi, cette dernière étant déclarée conforme uniquement dans le dispositif, et non les motifs, de sa décision (Cons. const., déc. n° 2011-630 DC du 26 mai 2011).

Si elle n'a pas eu d'effet, à ce jour, sur le niveau des saisines parlementaires (trente-cinq de l'ouverture de la XIII^e législature à l'entrée en vigueur de la procédure, vingt-huit du 1^{er} mars 2010 à la fin de la XIII^e législature), l'introduction de la QPC a en tous les cas mis un terme au quasi-monopole de fait des parlementaires dans le déclenchement du contrôle de la constitutionnalité des lois. L'évitement du contrôle a priori n'offre plus aucune garantie aux auteurs de la loi, pas plus d'ailleurs que l'examen préventif du Conseil constitutionnel sauf à accepter, après avoir voté la loi, de soulever à son encontre des griefs particuliers (27)...

Document n°7 - Elina Lemaire, « Conseil constitutionnel : la suppression de la catégorie des membres de droit, une réforme indispensable mais insuffisante », in *Jus Politicum*, juin 2018.

Le projet de loi constitutionnelle en cours d'examen à l'Assemblée nationale prévoit, dans son article 10, la suppression de la catégorie des membres de droit du Conseil constitutionnel. Unanimement critiquée, la présence des anciens Présidents de la République au Conseil constitutionnel, véritable spécificité française, soulève de nombreuses difficultés du point de vue du fonctionnement de nos institutions. Naturellement bienvenu, ce projet n'est pourtant pas tout à fait abouti : en réalité, au-delà de cette réforme indispensable, la composition du Conseil devrait être entièrement repensée.

Principalement conçu, dans l'esprit des pères fondateurs de la Constitution de la V^e République, comme un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »¹ (selon l'expression consacrée dont la paternité revient aux membres de l'institution eux-mêmes), le Conseil constitutionnel s'est très largement émancipé du rôle qui lui avait été initialement dévolu, à la faveur de sa propre jurisprudence²,

¹ Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*.

² Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

d'abord, et de révisions formelles successives de la Constitution, ensuite (celle de 1974, par exemple, élargissant la saisine à 60 députés ou à 60 sénateurs – c'est-à-dire, en pratique, aux parlementaires de l'opposition³ ; celle du 23 juillet 2008, évidemment, créant la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité).

Cette mutation progressive et spectaculaire du Conseil constitutionnel contraste étonnamment avec la stabilité des règles de droit relatives à sa composition et (dans une moindre mesure) au statut de ses membres. Alors que l'institution s'est radicalement transformée depuis 1958, ces règles n'ont, quant à elles, qu'assez peu évolué⁴.

Il résulte de cette situation paradoxale un certain nombre de difficultés, bien connues, qui seront ici simplement esquissées à gros traits. Au regard du calendrier parlementaire des semaines à venir et de la réforme constitutionnelle en cours, l'accent sera principalement mis sur les règles relatives à la composition du Conseil constitutionnel – et plus précisément encore, sur les membres de droit.

Les 9 et 23 mai derniers, l'Assemblée nationale a en effet été saisie pour examen en première lecture de trois projets de loi (ordinaire, organique et constitutionnelle) « pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace », qui constituent les trois volets de la réforme institutionnelle souhaitée par l'exécutif. L'un des aspects de cette réforme concerne la composition du Conseil constitutionnel : l'article 10 du projet de loi constitutionnelle prévoit en effet l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 56 de la Constitution, aux termes duquel « font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République ».

Cette règle incongrue – véritable singularité que le Conseil constitutionnel français ne partage qu'avec le Conseil constitutionnel de Djibouti et la Cour constitutionnelle du Gabon... – soulevait moins de difficultés en 1958 qu'elle n'en pose aujourd'hui, en raison à la fois de l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel et de la place des présidents de la V^e République dans l'économie générale des institutions – qui n'a évidemment plus rien de commun avec celle de leurs prédécesseurs de la IV^e République. Ces difficultés sont bien connues et elles ont été maintes fois soulignées⁵ ; aussi se contentera-t-on de donner quelques exemples éloquentes.

Du point de vue du contrôle a priori de la constitutionnalité des lois, la présence d'anciens présidents (et peut-être, pour certains d'entre eux, futurs candidats à une réélection à la magistrature suprême⁶) soulève de nombreuses difficultés. Même si l'on veut bien admettre que l'indépendance saisit les femmes et les hommes exerçant les fonctions de conseiller constitutionnel, il reste que le doute quant à l'impartialité serait au moins permis si un membre de droit, candidat malheureux à sa propre succession à la présidence de la République, devait se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi adoptée à l'initiative (informelle mais bien réelle) du président qui fut son rival victorieux lors de la campagne présidentielle.

Les difficultés sont plus nombreuses encore s'agissant du contrôle a posteriori de la conformité des lois à la Constitution. Non seulement parce que, hypothèse sans doute fort rare – et d'ailleurs non spécifique aux membres de droit mais susceptible de concerner n'importe quel membre du Conseil – un ancien président conseiller constitutionnel pourrait se trouver dans la position fort délicate d'avoir à juger (ou de voir ses collègues juger) une question prioritaire de constitutionnalité qu'il a lui-même soulevée dans

³ Initialement limitée à la saisine prévue à l'article 61 pour le contrôle a priori des lois ordinaires, cette possibilité de saisine par les parlementaires a été élargie, en 1992 (loi constitutionnelle du 25 juin 1992), au contrôle des traités internationaux, en application des dispositions de l'article 54 modifié de la Constitution.

⁴ Il faudrait bien entendu nuancer le propos quant aux règles relatives au statut des membres, car depuis 1958, les incompatibilités des membres du Conseil constitutionnel ont été très largement étendues. Toutefois, les sanctions qui sont prévues en cas de non-respect de ces incompatibilités sont (principe de « séparation des pouvoirs » oblige) à la discrétion des membres du Conseil constitutionnel. Elles peuvent, dans ces circonstances, s'avérer assez largement inefficaces.

⁵ V., parmi de nombreuses références, Patrick Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 5, 2010.

⁶ Cette hypothèse n'est pas simplement d'école : que l'on songe par exemple à la situation de M. Sarkozy avant l'automne 2016.

le cadre d'un procès (comme ce fut le cas de M. Chirac en 2011⁷) ; mais aussi parce que, plus fondamentalement, le contrôle a posteriori pourrait conduire un membre de droit à se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une disposition législative adoptée alors qu'il était président de la République, c'est-à-dire, dans la grande majorité des cas, à *sa propre initiative* ou, à tout le moins (s'il s'agit d'un texte de moindre importance) avec son accord. On objectera peut-être que le Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité (adopté par le Conseil lui-même en février 2010) prévoit une possibilité de déport (art. 4 al. 1^{er}⁸) ou de récusation (art. 4 al. 2^o) applicable dans ce genre de situation. Las ! Les « Sages » ont expressément pris soin, dans le Règlement, de prévenir la multiplication des demandes de récusation en indiquant que « le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation » (art. 4 al. 4). Avec le même laconisme, on ose affirmer que seule la solution *exactement inverse* serait conforme aux principes les plus élémentaires du droit processuel.

Mais les difficultés liées à la présence de membres de droit ne concernent pas simplement les contentieux liés à la constitutionnalité des normes, comme l'a récemment révélé l'affaire du contrôle des comptes de campagne de M. Sarkozy. Dans un ouvrage paru après la fin de son mandat, M. Jean-Louis Debré, ancien président du Conseil constitutionnel, a ainsi relaté les pressions dont avaient fait l'objet les membres de l'institution de la part de l'ancien président de la République et actuel membre du Conseil pour les inciter à censurer une décision de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques qui lui était défavorable¹⁰...

Il faut enfin observer que la qualité de membre à vie du Conseil constitutionnel est parfois peu compatible avec le statut général des conseillers constitutionnels, dont les règles, plus encore que pour les membres nommés, sont d'application fort délicate pour les membres de droit. Ainsi, le régime des incompatibilités¹¹ qui s'appliquent aux membres du Conseil est, pour les membres de droit, pratiquement dépourvu de sanction. En application des dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la sanction des incompatibilités consiste en effet en la constatation, par le Conseil constitutionnel, de la « démission d'office » du membre concerné. Faisant partie « à vie » de l'institution, les anciens présidents ne peuvent faire l'objet d'une mesure de démission d'office, comme l'a d'ailleurs expressément jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 94-354 DC du 11 janvier 1995. Cette constatation vaut également pour les obligations générales applicables aux membres du Conseil constitutionnel qui résultent du décret du 13 novembre 1959, dont le non-respect est également sanctionné – bien que le texte soit moins clair sur ce point que l'ordonnance de novembre 1958 – par la seule démission d'office. Dans ces conditions, François Luchaire considérait que « le respect des obligations imposées aux autres membres du Conseil ne dépend donc, pour ce qui concerne les membres de droit, que de leur conscience »...¹². Pour un constitutionnaliste libéral, cette solution, qui consiste à s'en remettre à l'éthique personnelle de chacun, n'est évidemment guère satisfaisante, et c'est là un motif supplémentaire de suppression de la catégorie des membres de droit.

En réalité, cette suppression ne fait aujourd'hui plus guère débat, tant la présence des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel fait l'unanimité de la doctrine juridique contre elle¹³. Déjà en 1993, le comité Vedel suggérait de réformer la composition de l'institution, de façon à tenir compte « des changements intervenus, depuis 1962, dans le mode de désignation du Président de la République et, depuis les années soixante-dix, dans le rôle du Conseil constitutionnel »¹⁴. Cette recommandation

⁷ V. Olivier Beaud et Patrick Wachsmann, « Révisons la Constitution ! », *Le Monde*, édition du 11 mars 2011

⁸ « Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président ».

⁹ « Une partie ou son représentant muni à cette fin d'un pouvoir spécial peut demander la récusation d'un membre du Conseil constitutionnel par un écrit spécialement motivé accompagné des pièces propres à la justifier ».

¹⁰ V. notre billet : « Les politiques au Conseil constitutionnel : une dangereuse aberration. A propos du contentieux du contrôle du financement de la campagne électorale de Nicolas Sarkozy », *Blog de Jus Politicum*, juin 2016.

¹¹ Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec toutes les fonctions publiques ou privées, et avec les mandats électifs. Le régime de ces incompatibilités est principalement fixé par l'article 57 de la Constitution et par l'article 4 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

¹² *Le Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1997, 2^e éd., tome 1, p. 88.

¹³ En revanche, on est surpris de constater que certains politiques n'y sont pas totalement défavorables : v. à ce sujet les travaux de la commission des lois de l'Assemblée nationale qui avait été saisie en mars 2013 d'un projet de loi constitutionnelle ayant notamment pour objet la suppression de l'alinéa 2 de l'article 56 de la Constitution (v. *infra*).

¹⁴ *Propositions pour une révision de la Constitution*, Comité consultatif pour une révision de la Constitution, 15 février 1993, non paginé, [p. 27].

fut, sans succès, renouvelée en 2008 par le comité Balladur¹⁵, puis en 2012 par le comité Jospin¹⁶, et enfin en 2015 par le groupe de travail sur l'avenir des institutions, constitué à l'Assemblée nationale et co-présidé par MM. Claude Bartolone et Michel Winock¹⁷.

En 2008, le président de la République alors en exercice et – ironie de l'histoire... – membre du Conseil constitutionnel « démissionnaire » depuis¹⁸, n'avait pas souhaité que la catégorie des membres de droit fût supprimée. Comme il le déclarait le 3 novembre 2009 dans son allocution prononcée à l'occasion du colloque sur le cinquantième anniversaire du Conseil constitutionnel, « je veux préciser à l'attention des représentants des Cours étrangères que je suis un de ceux qui se sont battus pour que les anciens présidents de la République puissent continuer à siéger au Conseil constitutionnel. [...] [Q]ue se trouve au sein du Conseil un homme ou une femme qui a eu à faire fonctionner la Constitution pour y apporter, au-delà de la vision théorique, l'aspect concret et pratique éprouvé par l'homme ou la femme qui s'est trouvé en situation de décider, il n'y a rien de choquant bien au contraire. C'est une richesse pour le Conseil que de voir d'anciens présidents de la République y siéger pour apporter leur vision de praticiens des institutions. Après tout, celui qui les a fait fonctionner n'est pas moins compétent pour les commenter que celui qui ne les a regardées que de l'extérieur »¹⁹. De fait, le projet de loi constitutionnelle soumis aux chambres en 2008 ne comportait aucune disposition portant révision de l'article 56. Introduite en première lecture par amendement sénatorial, la suppression de l'alinéa 2 de l'article 56 fut rejetée par l'Assemblée nationale, pour être définitivement abandonnée. En mars 2013, l'un des quatre projets de loi constitutionnelle portés par M. François Hollande²⁰ prévoyait la suppression de l'alinéa 2 de l'article 56 ; mais ce projet de révision fut, on le sait, avorté.

L'article 10 du projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, actuellement en cours d'examen par la commission des lois de l'Assemblée nationale, prévoit l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 56 de la Constitution. On ose espérer que si – malgré l'opposition de la majorité sénatoriale – le processus de révision parvient à son terme, cette mesure, préconisée depuis plus de vingt-cinq ans, sera enfin adoptée.

Même si le projet de loi constitutionnelle présenté par l'exécutif est (sur ce point) bienvenu, on émettra deux réserves (d'importance inégale) à son égard. On regrettera d'abord qu'aujourd'hui comme en 2013²¹, l'organe de révision ait choisi de différer (dans une certaine mesure) l'application de cette réforme. Le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace prévoit en effet, dans son article 18 (et dernier) que « les dispositions de l'article 56 de la Constitution, dans leur rédaction résultant de la présente loi constitutionnelle, ne sont pas applicables aux anciens Présidents de la République qui ont siégé au Conseil constitutionnel l'année précédant la délibération en conseil des ministres du projet de la présente loi constitutionnelle ». La formule est quelque peu alambiquée ; elle a en réalité pour objet de réserver la situation du seul membre de droit qui siège effectivement (quoique de façon aléatoire) au Conseil constitutionnel, à savoir M. Giscard d'Estaing. Malgré cette différence de traitement (dont l'unique mérite sera d'éviter de froisser la susceptibilité du principal intéressé), il y a, par rapport au projet de réforme de 2013, un incontestable progrès, qu'il faut souligner.

Plus fondamentalement, du point de vue de la composition du Conseil constitutionnel, la réforme institutionnelle projetée manque cruellement d'ambition. Car en dehors de la suppression (indispensable) de la catégorie des membres de droit, l'excessive politisation d'une institution dont le caractère juridictionnel ne fait plus guère de doute nuit gravement à son image et à son fonctionnement.

¹⁵ *Une Ve République plus démocratique*, Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, 2008, pp. 90-91.

¹⁶ *Pour un renouveau démocratique*, Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, 2012, p. 102.

¹⁷ *Refaire la démocratie*, pp. 129-130.

¹⁸ Critiquant ouvertement la décision (n° 2013-156 PDR du 4 juillet 2013) rendue par ses pairs au sujet du financement de sa propre campagne électorale, M. Nicolas Sarkozy déclarait, le même jour, qu'« après la décision du Conseil constitutionnel et devant la gravité de la situation et les conséquences qui en résultent pour l'opposition et pour la démocratie », il « démissionn[ait] immédiatement du Conseil constitutionnel afin de retrouver sa liberté de parole » – ce qui, aux termes de l'article 56 de la Constitution, lui est impossible puisqu'il est membre « à vie ».

¹⁹ *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° hors série, 2009.

²⁰ Projet de loi constitutionnelle (n° 814) du 14 mars 2013 relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice de fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel.

²¹ L'article 3 du projet de loi constitutionnelle de mars 2013 réservait le cas des anciens présidents qui étaient membres de droit à la date de la révision souhaitée : « L'article 2 de la présente loi constitutionnelle ne s'applique pas aux anciens Présidents de la République qui, à la date de sa publication, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel » ; le rapport Balladur suggérait de la même façon que la suppression de la catégorie des membres de droit ne s'applique qu'aux futurs présidents de la République.

Ce n'est donc pas simplement la suppression de la catégorie des membres de droit qu'il faudrait envisager, mais plus largement, la composition tout entière de l'institution qu'il faudrait repenser.

Document n° 8 – Avis sur les nominations au Conseil constitutionnel de Mmes BELLOUBET et MAESTRACCI- Votes et résultats des scrutins

M. Jean-Pierre Sueur, président. - Nous allons procéder au vote sur les nominations au Conseil constitutionnel proposées par le Président de la République et le Président du Sénat. J'appelle les deux plus jeunes secrétaires de la commission présents, M. Jean-Yves Leconte et Mme Virginie Klès, pour assurer les fonctions de scrutateurs.

Nous allons procéder à deux votes successivement par un scrutin secret.

Je vais d'abord consulter la commission sur la candidature de Mme Nicole Belloubet.

Je vous rappelle que vous avez à votre disposition sur la table des bulletins blancs pour voter. Je vous demande d'exprimer votre vote par les mentions « pour » ou « contre ».

Le scrutin est ouvert.

Le scrutin est clos.

Je demande aux scrutateurs de procéder au dépouillement.

Voici les résultats du scrutin :

- votants : 25

- pour : 13

- contre : 11

- bulletin blanc : 1

La nomination de Mme Nicole Belloubet est donc validée par ce vote puisque l'addition des votes négatifs ne représente pas au moins 3/5èmes des suffrages exprimés au sein de notre commission des lois, seule appelée à se prononcer sur cette désignation.

Je vais maintenant consulter la commission sur la candidature de Mme Nicole Maestracci.

Le scrutin est ouvert.

Le scrutin est clos.

Je vous précise qu'il s'agit de la nomination par le Président de la République. En conséquence, cette candidature ne doit pas rencontrer l'opposition des 3/5èmes au moins des suffrages exprimés au sein des deux commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat.

Nous pouvons maintenant procéder au dépouillement puisque la commission des lois de l'Assemblée nationale y est également prête.

Voici les résultats du scrutin :

- votants : 25

- pour : 17

- contre : 6

- bulletins blancs : 2

Je vous communiquerai les résultats du scrutin à l'Assemblée nationale dès qu'ils m'auront été transmis.