

09 _ 2023

RAPPORT

**Le Conseil
constitutionnel**

**Après la question prioritaire
de constitutionnalité,
quelles réformes ?**

_Bernard Rullier

Fondation
Jean Jaurès
ÉDITIONS

Bernard Rullier est enseignant
à l'Institut d'études politiques de Paris.

Propositions pour améliorer la juridiction constitutionnelle

Lors des prochaines nominations en 2025 :

- exiger une compétence juridique ;
- respecter un délai de « viduité » après l'exercice de fonctions gouvernementales ou d'un mandat parlementaire ;
- instituer un appel public à candidature ;
- demander une lettre de motivation des candidats et motiver les propositions des autorités de nomination.

Lors d'une prochaine révision constitutionnelle :

- renommer le Conseil en « Cour constitutionnelle » ;
- intégrer l'obligation d'avoir une compétence juridique pour être nommé ainsi qu'un délai de « viduité » après l'exercice de fonctions gouvernementales ou d'un mandat parlementaire ;
- mettre fin aux membres de droit que sont les anciens présidents de la République ;
- augmenter l'effectif de six membres cooptés, trois nommés, respectivement, par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes, et trois cooptés ;
- instaurer une limite d'âge en fin de mandat (soixante-dix ou soixante-quinze ans).

Insérer, au sein de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel :

- une définition des conflits d'intérêts ;
- les obligations de déport et de récusation ;
- les obligations de déclaration d'intérêt et de situation patrimoniale.

Obliger le membre du Conseil constitutionnel sollicitant un mandat électif à démissionner au préalable (en modifiant le décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel).

Donner une base légale à la rémunération des membres du Conseil constitutionnel et instaurer un non-cumul entre la rémunération et une retraite.

Instaurer le principe de l'autonomie budgétaire du Conseil constitutionnel.

Allonger de un mois à trois mois le délai dans lequel le Conseil constitutionnel doit statuer dans le cadre de l'article 61 (contrôle *a priori*), et à six mois dans le cadre de l'article 61-1 (contrôle *a posteriori*), afin d'améliorer la motivation de ses décisions.

Renforcer le service juridique du Conseil constitutionnel et affecter à chacun de ses membres une équipe de juristes.

Autoriser la publication des opinions séparées dans les conditions énoncées par la Commission de Venise en 2018.

Introduction

En 1958, les créateurs de la V^e République ne voulaient pas d'une justice constitutionnelle¹. Le projet constitutionnel de 1958 récusait la perspective d'un contrôle par voie d'exception, l'inclusion du préambule de la Constitution dans les normes de référence du contrôle ou la saisine par la minorité parlementaire. Le principe d'une juridiction chargée de faire respecter à la loi « les principes généraux et les droits et libertés individuels définis par le préambule » est explicitement écarté le 7 août 1958². La Constitution du 4 octobre 1958 institua simplement un organe chargé de faire respecter les domaines respectifs de la loi et du règlement, et « de subordonner la loi, c'est-à-dire la volonté du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution », selon le discours de Michel Debré au Conseil d'État du 27 août 1958. Cette « révolution juridique » fut à l'époque surestimée. Elle occupe aujourd'hui une place marginale dans notre système juridique, alors que la véritable révolution juridique est la centralité de la justice constitutionnelle en France et son rôle dans la protection de l'État de droit. Le Conseil « n'avait été conçu que comme un organe permettant aux autorités supérieures de l'État et notamment de l'exécutif de veiller à ce que le Parlement n'étende pas ses prérogatives en méconnaissant les règles étroites du "parlementarisme rationalisé" dans lesquelles avaient voulu l'insérer les fondateurs de la V^e République » estimait, en 2009, Robert Badinter³.

Cette révolution juridique fut facilitée par l'émancipation du Conseil constitutionnel à l'égard de l'exécutif, qui suit de dix ans la naissance d'un pouvoir juridictionnel européen exercé, d'une part, par la Cour de justice des Communautés européennes à partir des arrêts de 1963 et 1964, qui affirment la primauté du droit européen, et, d'autre part, de la Cour européenne des droits de l'homme, à laquelle la France adhère en 1974 (vingt-et-un ans après une première tentative en 1953) et ouvre le droit de requête individuel, le 2 octobre 1981, permettant ainsi un contrôle de la violation des droits fondamentaux.

La mutation s'opère tout d'abord avec la décision du 16 juillet 1971, « coup d'État juridique » selon Robert Badinter, étendant le contrôle de constitutionnalité qu'il tient de l'article 61 de la Constitution⁴ et qu'il exerçait jusque-là uniquement sur ses articles aux principes énoncés dans la Déclaration de 1789 et le préambule de 1946. Depuis, le Conseil constitutionnel est en mesure de contrôler les lois « au regard d'une masse de normes constitutionnelles potentiellement illimitées et dont il était pratiquement libre de déterminer le contenu⁵ ». Elle s'opère ensuite avec l'initiative giscardienne d'extension de la saisine du juge à soixante députés ou soixante sénateurs par la révision du 29 octobre 1974. Elle se parachève avec l'ouverture aux citoyens en 2008 avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), nouvelle voie

1. Voir les débats au comité consultatif constitutionnel retracés dans Frédéric Rouvillois, *Le Gouvernement des juges, Histoire d'un mythe politique*, Paris, Desclée de Brouwer, 2023.
2. Dominique Rousseau, « Pour une cour constitutionnelle ? », *RDJ*, n°1-2, 2002.
3. Robert Badinter, « Une longue marche, Du Conseil à la Cour constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, Dossier « 50^e anniversaire », août 2009.
4. « Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. »
5. Frédéric Rouvillois, *Le Gouvernement des juges, Histoire d'un mythe politique*, op. cit., 2023.

d'accès ouverte par l'article 61-1 de la Constitution¹, « révolution de velours » selon Laurent Fabius², même s'il convient d'en tempérer la portée populaire³.

Aujourd'hui, le rôle du Conseil constitutionnel interroge. Pour reprendre l'analyse du rapport Winock-Bartolone de 2015⁴, il « n'est plus ni le "chien de garde de l'exécutif" imaginé par Michel Debré ni le "canon braqué vers le Parlement" que décrivait le professeur Charles Eisenmann, ni même un "organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics" comme il se qualifia lui-même en 1962 ». Son rôle de protecteur des droits fondamentaux est désormais consacré. Il s'est définitivement « transformé en une juridiction constitutionnelle pleine et entière », comme l'avait écrit le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale de l'époque, Jean-Jacques Urvoas⁵. Cependant, ce rôle reste encore contesté. « Coup d'État organisé par les cours su-

prêmes » pour Laurent Wauquiez⁶, « il n'y a pas de bon Conseil constitutionnel aussi longtemps qu'il y a une mauvaise Constitution » pour Jean-Luc Mélenchon⁷, révision de la Constitution par l'article 11 pour Marine Le Pen dans son programme présidentiel de 2022⁸ : le consensus républicain autour du contrôle de constitutionnalité n'est pas total.

Ainsi, des critiques demeurent sur sa composition, restée en l'état depuis 1958. Elle n'est pas alignée par rapport au rôle joué par l'institution en France. Elle reste singulière au regard des standards européens, toutes les cours constitutionnelles exigeant que leurs membres justifient d'une compétence juridique, voire exigent de leur part une intégralité morale juridiquement attestée. Par ailleurs, la déontologie du Conseil constitutionnel reste perfectible et l'État de droit peut encore être consolidé par une évolution de sa jurisprudence.

1. « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »
2. « Laurent Fabius : QPC360, "un outil utile à tous les acteurs de la procédure" », *Actu-juridique*, 30 janvier 2023.
3. Olivier Duhamel, « La QPC et les citoyens », *Pouvoirs*, n°137, 2011.
4. Rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions « Refaire la démocratie », 2 octobre 2015.
5. Rapport d'information n° 842 déposé le 27 mars 2013 par Jean-Jacques Urvoas au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur la question prioritaire de constitutionnalité.
6. « Laurent Wauquiez Moi, président... », *Le Point*, n°2649, 11 mai 2023.
7. Propos tenus le 1^{er} mai 2023 lors d'une manifestation contre la réforme des retraites.
8. Voir : <https://mlafrance.fr/pdfs/manifeste-m-la-france-programme-presidentiel.pdf>, et surtout l'exposé des motifs du projet de loi préparé dans l'éventualité de son élection : <https://mlafrance.fr/pdfs/projet-controle-de-limmigration.pdf#page=21>.

Une institution à l'origine contestée et toujours contestable ?

Le ralliement de la gauche à une institution « politisée »

Hostile à toute limitation de la souveraineté parlementaire, la gauche a longtemps critiqué le Conseil constitutionnel. François Mitterrand, dans le *Coup d'État permanent* (1964), dénonça une « cour suprême de musée Grévin [...] [qui] n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de course¹ » au pouvoir en place. Le Conseil constitutionnel fut alors considéré comme l'un des outils du parlementarisme rationalisé, voire un instrument du pouvoir personnel de de Gaulle. Il n'était pas « servile, mais obéissant² » fustigea-t-il. Il annonça son abrogation : c'est « une institution dont il faudra se défaire³ ». Alain Savary, plus nuancé, voulait, dès 1964, le dépolitiser et le composer de « fonctionnaires ou de professeurs de droit, doyens de faculté ou autres », afin de lui assurer autonomie et indépendance⁴.

Le ralliement de la gauche fut progressif. Le programme commun du 27 juin 1972 proposa une « Cour suprême » composée de neuf membres pour neuf ans : trois élus par l'Assemblée nationale et autant par le Sénat, « à la proportionnelle des groupes, deux pour la majorité, un pour la minorité », un

désigné par le président de la République et deux par le Conseil supérieur de la magistrature, son président étant élu par ses pairs. Surtout, est évoquée pour la première fois une possibilité de saisine « par toute juridiction judiciaire ou administrative des exceptions d'inconstitutionnalité que les justiciables pourront soulever à l'encontre des dispositions législatives et réglementaires qu'ils estimeront contraires aux libertés garanties par les articles 7 à 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le préambule de la Constitution ». Six mois après, la proposition de loi constitutionnelle « créant une Cour suprême constitutionnelle », du 20 décembre 1972, signée par les groupes parlementaires du programme commun⁵, « unique révision constitutionnelle d'envergure proposée par les parlementaires de gauche sous la V^e République⁶ », traduisit cette orientation politique. Reprenant la composition proposée dans le programme commun, la Cour aurait vu son rôle accru. En matière de contrôle par voie d'action⁷, un quart des membres de chaque assemblée aurait pu la saisir. Un contrôle partiel par voie d'exception aurait été instauré par un article 61 *quinquies* : la Cour « serait saisie par toute juridiction d'appel des exceptions d'inconstitutionnalité que les justiciables pourront soulever à l'encontre de dispositions législatives qu'ils estimeront contraires aux libertés garanties par

1. François Mitterrand, *Le Coup d'État permanent*, Paris, Plon, 1964.

2. *L'Unité*, 23 juin 1978.

3. *Le Monde*, 16 août 1978.

4. *La pensée socialiste contemporaine, Actes des colloques socialistes de 1964*, Paris, Presses universitaires de France, 1965.

5. Proposition de loi constitutionnelle tendant à modifier le titre VII de la Constitution et à créer une Cour suprême constitutionnelle, n°2856, dont les premiers signataires furent Gaston Defferre, Robert Ballanger et Robert Fabre.

6. Olivier Duhamel, *La Gauche et la V^e République*, Paris, Presses universitaires de France, 1980.

7. Le contrôle par voie d'action implique une saisine entre le moment du vote de la loi et celui de sa promulgation. La procédure permet d'empêcher l'entrée en vigueur de lois qui seraient inconstitutionnelles. Le contrôle par voie d'exception permet à tout justiciable qui estime que la loi que le juge tente de lui appliquer dans un litige donné est contraire à une disposition du bloc de constitutionnalité de saisir le Conseil constitutionnel. La procédure ne peut être déclenchée qu'au niveau de la Cour de cassation et du Conseil d'État si ces derniers jugent la question pertinente, nouvelle et sérieuse, avant de la transmettre au Conseil constitutionnel.

les articles 7 à 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par le préambule de la Constitution¹ ». « Gardienne de la Constitution », la Cour aurait eu pour mission de « veiller au respect des dispositions constitutionnelles par les organes de l'État et notamment le président de la République, le gouvernement et les assemblées ». À cet effet, un article 61 *quater* aurait permis de la saisir de « tous les problèmes relatifs à l'interprétation de la Constitution » et « toute décision du président de la République intéressant les rapports entre les pouvoirs publics » comme « tous les actes du gouvernement intervenant dans des matières autres que celles qui lui sont attribuées par la Constitution » auraient pu lui être soumis en application d'un article 61 *ter*. Enfin, la Cour aurait exercé « un contrôle préalable sur la clarté et le caractère non équivoque des questions et des dispositions constitutionnelles ou législatives soumises à référendum ». En écho à la condamnation prononcée en 1962 par l'utilisation par le général de Gaulle de l'article 11 pour réviser la Constitution, celle-ci aurait été contrôlée par la Cour « lorsque la procédure employée pour le référendum est celle de l'article 11 de la Constitution, le contrôle porte également sur sa conformité par rapport à la Constitution ».

Lors du débat de 1974 sur l'extension de la saisine aux parlementaires², l'orateur du groupe socialiste, Pierre Cot, s'inquiéta d'une réforme qui, « sous son aspect anodin, semble susceptible de créer des difficultés et nous paraît même assez dangereux³ » en raison de la politisation de la composition du Conseil constitutionnel, alors présidé par Pierre Frey, ancien secrétaire général du parti gaulliste UNR, de 1958 à 1959. Il lia l'acceptation de l'extension de la saisine à la démocratisation de la composition du Conseil constitutionnel. Les députés communistes, pour leur part, se déclarèrent hostiles à l'autosaisine du Conseil constitutionnel proposée par les socialistes,

au risque de donner « au Conseil constitutionnel un pouvoir de tutelle politique sur le Parlement ». La proposition de Pierre Cot, critiquée également par la droite, ne prospéra pas.

La gauche au pouvoir se rallia progressivement au contrôle de constitutionnalité des lois. Elle s'y confronta pourtant après sa décision sur les nationalisations en 1981, Lionel Jospin, alors premier secrétaire du Parti socialiste, avertissant que « jamais les grands courants de réforme ne se sont laissés arrêter par une Cour suprême ». Cependant, le président Mitterrand prit la défense de l'institution dès le 4 novembre 1981 lorsqu'il exprima en Conseil des ministres « le vif regret que le président du Conseil constitutionnel ait été mis en cause et, qui plus est, sans fondement au cours d'un débat à l'Assemblée nationale⁴ ». C'est en 1985 ensuite que le Conseil constitutionnel mit fin au légicentrisme, qui affirmait depuis 1789 que la loi, seule expression de la souveraineté, disposait d'une autorité suprême dans l'ordre juridique national. La loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution⁵. La fabrication parlementaire de la loi ne suffit plus à garantir sa validité normative : la loi ne peut désormais prétendre exprimer la volonté générale que si, et seulement si, elle respecte la Constitution. Deux raisons expliquent ce ralliement. D'une part, la prise de conscience de la nécessité, pour l'opposition, d'un contre-pouvoir, avéré après de nombreuses saisines parlementaires ayant permis d'annuler des dispositions controversées et même, en 1979, la loi de finances pour vice de procédure. D'autre part, le basculement de la composition du Conseil constitutionnel à gauche quelques semaines avant les législatives de 1986 et la nomination à sa présidence de Robert Badinter. Ce ralliement s'accompagna d'un souhait de renforcement de l'institution afin d'en faire une « vraie » Cour suprême, et d'une méfiance répétée à l'encontre d'un gouvernement des juges, comme

1. Extension justifiée dans l'exposé des motifs par le fait que « le Conseil constitutionnel, dans la mesure où il ne peut être saisi qu'avant la promulgation d'une loi, n'est jamais en mesure d'exercer un véritable contrôle de constitutionnalité des lois ».

2. La loi constitutionnelle n°74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution ouvre la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou soixante sénateurs.

3. Assemblée nationale, séance du 8 octobre 1974, JO Débats, p. 4862.

4. « M. Mitterrand regrette que le président du Conseil constitutionnel ait été mis en cause au cours d'un débat à l'Assemblée », *Le Monde*, 5 novembre 1981 : le député socialiste Berson avait mis en cause plusieurs personnalités de l'opposition pour les liens qu'elles auraient avec les milieux d'affaires, et avait, notamment, cité le nom de Roger Frey, président du Conseil constitutionnel. Ne pouvant se défendre par lui-même, Roger Frey avait protesté directement auprès du président de la République.

5. Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985.

l'exprima le président Mitterrand en 1985¹ puis en 1988². Une nouvelle étape du ralliement de la gauche a été récemment opérée par les députés communistes, traditionnellement favorables à la suppression du Conseil constitutionnel, qui ont déposé une proposition de loi constitutionnelle dans laquelle ce dernier est qualifié d'« institution politico-juridictionnelle parmi les plus essentielles au sein de notre État de droit » et qui tend à renforcer l'expertise juridique de ses membres³. La position de La France insoumise (LFI) demeure plus floue⁴ du fait de l'écran d'une éventuelle « assemblée constituante » pour élaborer une « VI^e république » redonnant « une place centrale au peuple ». Tout en déférant de nombreuses lois au Conseil constitutionnel et en le taçant lorsque la décision n'est pas celle qui est escomptée⁵, les projets de LFI de réforme du contrôle de constitutionnalité demeurent flous.

La gauche ne parvint cependant jamais à réformer en profondeur le Conseil constitutionnel. Pour compléter le contrôle *a priori*, ouvert après 1974 aux parlementaires et donc à l'opposition, la gauche reprit sa proposition du programme commun de 1972 d'extension du contrôle *a posteriori* par voie d'exception à deux reprises en 1990 puis 1993, sans y parvenir. Profitant, en 1989, du bicentenaire de la Révolution, Robert Badinter voulut profiter de la commémoration :

« En 1989, année du bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, je publiais une tribune dans *Le Monde* dans laquelle je dénonçais l'ambiguïté de la situation des justiciables en France. Ils pouvaient saisir la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, depuis octobre 1981, en invoquant la non-conformité d'une loi à la Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droits fondamentaux. En revanche, l'accès au Conseil constitutionnel à Paris afin de faire constater la violation de leurs droits fondamentaux leur était refusé. Ce déséquilibre institutionnel, qui faisait du citoyen français un majeur conventionnel, mais un mineur constitutionnel, ne devait plus durer. Il convenait d'y remédier en introduisant dans notre droit une exception d'inconstitutionnalité⁶. » Validé par François Mitterrand le 14 juillet 1989⁷, un projet de loi constitutionnelle déposé le 30 mars 1990 fut débattu, mais après deux lectures dans chacune des deux assemblées, les positions de celles-ci paraissant inconciliables, la procédure s'arrêta à ce stade⁸. Après la remise du rapport du comité Vedel qui se prononça dans ce sens, un nouvel essai fut entrepris en 1993, avec le dépôt d'un projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X, sur le bureau du Sénat, lequel décida de supprimer l'ensemble de

1. Allocution du 15 octobre 1985 à l'occasion de la rentrée solennelle de la Cour suprême du Brésil.

2. Entretien à la revue *Pouvoirs* en avril 1988 : « Les passions se sont apaisées en même temps que le Conseil constitutionnel, surtout après l'extension des conditions de sa saisine en 1974, forgeait une jurisprudence moins sensible à l'opportunité. On peut dire qu'il a progressivement trouvé son "rythme de croisière". Je m'en réjouis. Disposant de grands pouvoirs, il doit à tout prix éviter de s'ériger en gouvernement des juges. »

3. Selon la proposition de loi constitutionnelle n°1309 du 1^{er} juin 2023 sur « l'encadrement de la nomination des membres du Conseil constitutionnel et sur la publication des opinions séparées », les membres devraient disposer de compétences et d'expériences reconnues en matière juridique et trois d'entre eux devraient avoir la qualité de professeur de droits des universités ou de juges ayant exercé pendant au moins dix ans ; un recours contre les nominations pourrait être exercé devant la Cour de cassation ; le président du Conseil serait élu par ses pairs ; les fonctions de membres seraient incompatibles avec les celles de membre du gouvernement ou du Parlement dans les dix ans qui précèdent leur nomination ; les membres devraient avoir un casier judiciaire vierge ; la publication des opinions séparées serait possible ; enfin, les membres de droit seraient supprimés ».

4. <https://melenchon2022.fr/plans/6e-republique/>.

5. La députée Raquel Garrido évoque ainsi un « charcutage » pour sa décision sur la réforme des retraites. Un autre exemple est donné avec la décision du Conseil constitutionnel relative à l'étude d'impact du projet de loi de programmation militaire : « Malgré un avis très critique du conseil d'État, un rejet de l'Assemblée nationale, le Conseil constitutionnel nie l'évidence ! Comment une étude d'impact de six pages seulement suffit pour un projet de loi de programmation militaire de 413 milliards sur sept ans ? Dans la continuité de sa décision sur la réforme des retraites, le Conseil constitutionnel continue de se discréditer et avec lui la V^e République. Il ne défend pas la Constitution, mais le pouvoir exécutif, au détriment du Parlement. »

6. Robert Badinter, « Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité », site du Conseil constitutionnel : « La QPC fête ses dix ans ».

7. L'idée est reprise lors d'une déclaration télévisée le 14 juillet, et réitérée par lui à l'occasion du bicentenaire de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le 26 août 1989 : « Il y a des bons citoyens, il y a des braves gens, qui se trouvent à droite, qui se trouvent à gauche, qui sont aussi soucieux que moi des droits de l'homme et qui comprendront fort bien que ce serait un très grand progrès démocratique, en retournant à la base, de permettre à chaque Français de ne pas s'adresser à des intermédiaires, de dire lui-même : mon droit fondamental – liberté, égalité, tout ce qui est reconnu dans les grands principes inscrits dans la Constitution – est méconnu, il est transgressé ? Eh bien ! Je demande justice moi-même. »

8. Robert Badinter précise, avec malice, que : « parmi les opposants, on comptait alors deux jeunes députés pleins d'allant – Nicolas Sarkozy et François Fillon »...

ses dispositions relatives au Conseil constitutionnel. Le projet poursuit son cours, amputé de ces dispositions, pour aboutir à la loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993. Lionel Jospin, alors Premier ministre, relança cette idée le 30 juin 2001 lors du centenaire de la loi de 1901 célébré au Conseil constitutionnel.

La suppression des membres de droit n'a pas non plus pu être effectuée. Proposée dès 1993 par le comité Vedel afin de tenir compte « des changements intervenus, depuis 1962, dans le mode de désignation du président de la République et, depuis les années 1970, dans le rôle du Conseil constitutionnel¹ » reprise en vain en 2008 par le comité Balladur, puis en 2012 par le comité Jospin², et encore en 2015 par le groupe de travail sur l'avenir des institutions, constitué à l'Assemblée nationale et co-présidé par Claude Bartolone et Michel Winock³, elle figura dans le projet de loi constitutionnelle relatif aux incompatibilités applicables à l'exercice de fonctions gouvernementales et à la composition du Conseil constitutionnel⁴, du 14 mars 2013, qui n'a jamais été inscrit à l'ordre du jour. Elle a été reprise dans la proposition de loi constitutionnelle du 17 mai 2013 du groupe socialiste de l'Assemblée nationale, visant à « parachever la mutation du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle », avec application immédiate « donc également aux présidents de la République élus avant 2012 », cette présence étant « contraire au droit à un procès équitable ». Le nombre des membres serait porté à douze, les trois nouveaux membres étant nommés par le Premier ministre. Cette augmentation aurait permis de créer deux chambres de six membres pour traiter des QPC. Les nominations auraient été soumises à l'avis conforme des commissions parlementaires compétentes. Le président de la République aurait continué à nommer le président de l'institution. La publication

des opinions individuelles aurait été autorisée. Enfin, outre l'exigence d'une représentation équitable des femmes et des hommes, n'aurait pu être nommés que « les personnes qui se distinguent par leur connaissance du droit ».

En revanche, les incompatibilités des membres du Conseil constitutionnel ont été renforcées par la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, afin de prévoir que l'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée, en particulier avec l'exercice de la profession d'avocat. Les membres du Conseil constitutionnel peuvent toutefois se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques. Cependant, l'extension aux membres du Conseil constitutionnel des obligations déontologiques – de déclaration d'intérêts et de situation patrimoniales – imposées aux magistrats par la loi organique du 8 août 2016 a été censurée comme un cavalier législatif, quand bien même, proposée par la gauche, elle avait été approuvée par la droite au Sénat. Une proposition de loi organique reprenant ces dispositions⁵ a bien été adoptée par l'Assemblée nationale le 1^{er} février 2017, mais n'a jamais été examinée par le Sénat et est devenue caduque.

Le ralliement de la droite à l'exception d'inconstitutionnalité

L'exception d'inconstitutionnalité, seconde révolution d'ampleur de notre système juridique, fut proposée par le comité Balladur⁶, et adoptée lors de la révision

1. « Propositions pour une révision de la Constitution », Comité consultatif pour une révision de la Constitution, 15 février 1993, p. 27.

2. « Pour un renouveau démocratique », Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, 2012, p. 102.

3. « Refaire la démocratie », *op. cit.*, 2 octobre 2015, pp. 129-130.

4. Motivé par le fait que cette « règle est devenue inadéquate du fait de l'évolution du rôle du Conseil constitutionnel, en particulier depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité ».

5. Proposition de loi organique n°4274 rectifiée du 2 décembre 2016, déposée par le groupe socialiste.

6. Dans sa proposition n°74, il proposa de nouveau d'instituer un contrôle, « qui aurait pour objet de permettre à tout justiciable d'invoquer, par la voie dite "de l'exception", devant le juge qu'il a saisi, la non-conformité à la Constitution de la disposition législative qui lui est appliquée, à charge pour ce juge d'en saisir le Conseil constitutionnel dans des conditions à définir. Ne seraient naturellement invocables que les normes constitutionnelles de fond, le justiciable n'ayant pas vocation à s'ériger en gardien de la procédure législative ou du respect des compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire ».

du 23 juillet 2008¹ sous la forme de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)². Tout comme l'extension de la saisine en 1974 fut qualifiée de « réformette », personne ne prévoyait en 2008 la portée de la réforme. Le président Sarkozy, rallié par Jean-Louis Debré alors président du Conseil constitutionnel, l'imposa à son Premier ministre et à ses propres conseillers³. En 1993 encore, un sénateur éminent proposait ainsi d'exclure le préambule de la Constitution des normes du contrôle constitutionnel, avant d'être nommé membre du Conseil constitutionnel en 1995⁴. En 2008, lors de la discussion de la disposition à l'Assemblée nationale⁵, seuls deux députés de gauche s'exprimèrent. La députée de centre-gauche Annick Girardin critiqua « une lucarne presque inaccessible qui s'entrouvre » compte tenu des restrictions mises à cet élargissement de la saisine : « question préjudicielle, renvoi éventuel réservé aux seules cours de dernier ressort, monopole du Conseil constitutionnel, exclusion des lois antérieures à 1958 et de toutes les dispositions législatives qui ne portent pas atteinte aux droits et libertés », et l'écologiste François de Rugy regretta la limitation de son champ d'application aux lois votées et promulguées après 1958. Quant au communiste Jean-Claude Sandrier, il proposa un amendement de suppression au motif que la réforme transformant le Conseil en « troisième chambre qui servirait aussi d'antichambre à la judiciarisation toujours accrue de notre vie publique et politique » et donc en Cour constitutionnelle, il aurait fallu l'accompagner de l'élection de ses membres « par les députés sur proposition des présidents des assemblées et du Conseil supérieur de la magistrature, mais avec la contrainte d'une majorité des deux tiers ». Par ailleurs, il rappela l'attachement de la

gauche communiste au « primat de la loi », « conformément du reste à la volonté des révolutionnaires de 1789 ». Aucun député socialiste ne s'exprima sur cet article. Au Sénat⁶, Robert Badinter souligna en revanche l'importance d'un « très grand progrès de l'État de droit » :

« Pour moi, c'est le fruit d'une très longue lutte. Cela fait vingt ans que j'ai proposé d'instituer l'exception d'inconstitutionnalité. On ne pouvait pas vivre, de façon pérenne, avec un système dans lequel les juridictions françaises pouvaient devenir les censeurs de lois en invoquant la Convention européenne des droits de l'homme – l'exception d'inconventionnalité –, mais ne pouvaient les censurer en arguant de la protection des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution. Ce paradoxe ne pouvait pas demeurer. On ne pouvait pas non plus accepter que le citoyen français soit traité en mineur constitutionnel. L'accès au Conseil constitutionnel était réservé aux plus hautes autorités de l'État ainsi qu'à soixante députés ou soixante sénateurs, mais lui était refusé. Le citoyen, au motif qu'une décision rendue par n'importe quelle instance violait ses droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, pouvait saisir la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg. Mais il ne pouvait pas saisir le Conseil constitutionnel en arguant de la violation de ses droits fondamentaux inscrits dans la Constitution, ce qui est pourtant l'essentiel. Un tel archaïsme, une telle survivance, une telle contradiction ne pouvait pas demeurer. »

L'introduction de la QPC ne suffit pas à sauver aux yeux de la gauche une révision dont elle réprova le renforcement des pouvoirs présidentiels. Lors du débat parlementaire, Arnaud Montebourg dénonça, à la tribune du Congrès du 21 juillet 2008, l'accroissement de « l'emprise du pouvoir présidentiel

1. L'article 26 du projet de loi constitutionnelle proposa que l'article 61-1 soit ainsi rédigé : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution porte atteinte aux droits et libertés que celle-ci garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, dans les conditions et sous les réserves fixées par une loi organique ». Lors des débats, la mention « promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution » disparut.
2. Le site du Conseil constitutionnel propose une bibliographie abondante à cette modalité de saisine : www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/bibliographie-relative-a-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite.
3. Dominique Rousseau, « La QPC, une nouvelle culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n°27, janvier 2022.
4. Proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter les dispositions du premier alinéa de l'article 61 de la Constitution afin de bien préciser que le contrôle de constitutionnalité s'opère par seule référence aux articles de la Constitution et à ceux de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, d'Étienne Dailly, n°450 du 15 septembre 1993.
5. Première séance du jeudi 29 mai 2008.
6. Séance du 24 juin 2008.

lui-même incontrôlable, au détriment de celui, contrôlable, du gouvernement ». La gauche pointa, avec l'extension de la saisine du Conseil constitutionnel, une « heureuse exception¹ » dans une révision constitutionnelle qu'elle rejeta globalement au Congrès, à l'exception de Jack Lang dont le vote positif permit l'adoption de la réforme.

Ainsi, par la ruse de l'Histoire, une proposition du programme commun de gouvernement de la gauche de 1972 fut mise en œuvre par la droite, trente-six ans après, et par ceux-là mêmes qui la combattirent au Parlement en 1990...

En mars 2013, un rapport d'information du président de la commission des lois de l'Assemblée nationale² considéra que la QPC avait permis un « retour aux sources » de la décision de 1971, à partir de laquelle le Conseil, s'émancipant de ses fonctions initiales de simple régulateur de l'activité des pouvoirs publics, a commencé sa mutation en un organe protecteur des droits fondamentaux, permettant d'inverser « l'attention, jugée parfois excessive, portée aux conditions du travail législatif plutôt qu'au contenu même de la loi, une telle orientation risquant de détourner le Conseil constitutionnel de sa fonction de protection des droits fondamentaux ». Avec ce contrôle *a posteriori*, le contentieux constitutionnel prolonge le contentieux ordinaire et le Conseil constitutionnel « entre dans le paysage juridictionnel parce que le procès constitutionnel entre dans le procès ordinaire, judiciaire ou administratif³ ». En octobre 2020, célébrant les dix ans de la QPC, le président de l'ins-

titution, Laurent Fabius, qualifia ce droit nouveau offert aux citoyens comme une « véritable révolution de velours dans notre ordre juridique⁴ ». Le contrôle *a posteriori* a également transformé le Conseil constitutionnel lui-même, dont elle représente désormais environ 80 % de l'activité. Toutes les branches du droit sont désormais irriguées par le contentieux constitutionnel. Au-delà d'une amélioration du contrôle de constitutionnalité, l'extension du contrôle des actes du Parlement aurait pu conduire à instaurer un « gouvernement des juges⁵ », dénoncé par la doctrine ou, encore récemment, par un ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel⁶. Cette inquiétude est encore évoquée dans un récent rapport d'information du Sénat sur la judiciarisation de la vie publique⁷. Cependant, selon la formule de Robert Badinter, s'il y a tout à craindre d'un gouvernement des juges, « il y a beaucoup plus à craindre d'un gouvernement sans juges ». Et ce d'autant plus qu'il est toujours possible au pouvoir constituant de revenir sur une jurisprudence constitutionnelle ayant déclaré contraire à la Constitution une disposition législative, en modifiant sur ce point la Constitution, car, comme l'avait souligné le doyen Vedel⁸ : « Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts. » Cette voie a été utilisée en 1993 pour donner au droit d'asile une définition constitutionnellement différente de celle d'une décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993⁹, ce qui donna l'occasion au Premier

1. « À l'heureuse exception de la question préjudicielle de constitutionnalité – une idée défendue, en son temps, par François Mitterrand –, le texte issu du Conseil des ministres refuse à nos compatriotes l'exercice de nouveaux et réels pouvoirs », déclara Manuel Valls dans la discussion générale lors de la séance du 21 mai 2008 à l'Assemblée nationale. Ce fut l'un des arguments pour lesquels il plaida, avec seize autres députés socialistes, pour « donner une chance à la réforme » (*Le Monde*, 21 juillet 2008) : « Plus important encore à nos yeux, la réforme donne des droits nouveaux aux citoyens en leur permettant de saisir le Conseil constitutionnel. »
2. Rapport d'information n° 842 déposé le 27 mars 2013 par Jean-Jacques Urvoas au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur la question prioritaire de constitutionnalité.
3. Dominique Rousseau, « La QPC, une nouvelle culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle », art. cité, janvier 2022.
4. Référence aux événements s'étant déroulés en Tchécoslovaquie du 16 novembre au 29 décembre 1989, précipitant, avec peu de sang versé, la chute du régime du Parti communiste tchécoslovaque et la fin de la République socialiste tchécoslovaque, dans la lignée de la chute des régimes communistes de l'Est européen.
5. Expression utilisée pour la première fois par Édouard Lambert, dans *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921.
6. Anne-Marie Le Pourhiet, « Gouvernement des juges et post-démocratie », revue *Constructif*, vol. 61, n°1, mars 2022 ; Jean-Éric Schoettl, *La Démocratie au péril des prétoires, De l'État de droit au gouvernement des juges*, Paris, Gallimard, 2022.
7. Rapport d'information n° 592 (2021-2022) de Philippe Bonnecarrère, fait au nom de la mission d'information sur la judiciarisation de la vie publique, du 29 mars 2022.
8. Georges Vedel, « Schengen et Maastricht (À propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991 », *Revue française de droit administratif*, n°2, mars-avril 1992, p. 173.
9. Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 novembre 1993 relative aux accords internationaux en matière de droit d'asile.

ministre Édouard Balladur de critiquer sévèrement le Conseil constitutionnel¹, en 1998 puis en 2008 pour surmonter une jurisprudence empêchant la parité, en 1998 puis en 2007 pour restreindre le corps électoral en Nouvelle-Calédonie.

Le Conseil constitutionnel, juge des élections

Avant 1958, les assemblées parlementaires vérifiaient le mandat de leurs membres. L'abus des élections de 1956, avec l'invalidation de onze députés poujadistes et leur remplacement par leurs adversaires battus², conduisit à confier ce rôle au Conseil constitutionnel. La Constitution de 1958 l'a institué juge de l'élection du président de la République (article 58), des parlementaires (article 59), et devant veiller à l'organisation du référendum (article 60).

Depuis 1958, 3 000 décisions environ ont été rendues, principalement sur des élections de députés (plus de 2 700), le reste concernant celles des sénateurs (130 décisions), des élections présidentielles (plus de 150 décisions) et des référendums. Ce contentieux, très dense, est souvent l'objet de polémiques. Pourtant, « il obéit à des règles simples et précises dont l'objet essentiel est d'assurer la sincérité des résultats, l'équilibre des moyens dont dispose chaque candidat et, depuis 1988, le respect des dispositions spécifiques sur le financement des campagnes électorales³ ».

La manière dont le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le financement des élections présiden-

tielles de 1995 puis de 2012 permet de mesurer l'ancrage de l'institution. En 1995, le Conseil constitutionnel, présidé à l'époque par Roland Dumas, a « manœuvré pour valider les comptes de campagne de Jacques Chirac et d'Édouard Balladur à l'élection présidentielle de 1995, malgré de nombreuses irrégularités constatées », selon l'enquête de la cellule investigation de Radio France, conduite en 2020 grâce à la levée du secret des délibérations du Conseil constitutionnel du mois de juillet 1995. L'enquête estime que « les conseillers ont bafoué le droit pour valider le financement manifestement irrégulier des campagnes de Jacques Chirac et d'Édouard Balladur. Au mieux, ils ont fermé les yeux sur des millions d'argent liquide à la provenance douteuse. Au pire, ils ont “maquillé” les comptes des candidats. L'objectif était de sauver le président déjà élu⁴ ».

En juillet 2013, en revanche, le Conseil constitutionnel a confirmé le rejet du compte de la campagne présidentielle 2012 de Nicolas Sarkozy⁵. Dans un communiqué, le Conseil constitutionnel a jugé que « c'est à bon droit que la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques a rejeté le compte de campagne de M. Sarkozy », le 19 décembre 2012. Il a déclaré que le montant des dépenses électorales du candidat UMP « excédait de 466 118 euros, soit 2,1 %, le plafond autorisé ». Ce sont au total 1 669 930 euros de dépenses que le candidat n'avait pas – ou avait insuffisamment – fait figurer dans son compte. De même, le Conseil a reformaté le montant des recettes déclarées par le candidat et l'a établi à 23 094 932 euros. Cette décision a privé l'ex-candidat UMP du remboursement par l'État de quelque 10 millions d'euros de frais de campagne. En outre, il devra restituer au Trésor public l'avance forfaitaire qui lui a été versée, soit

1. « Depuis que le Conseil constitutionnel a décidé d'étendre son contrôle au respect du préambule de la Constitution, cette institution est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux parfois plus philosophiques et politiques que juridiques, quelquefois contradictoires et, de surcroît, conçus parfois à des époques bien différentes de la nôtre. Certains pensent même qu'il lui est arrivé de les créer lui-même. Plutôt que de laisser au législateur un large pouvoir d'interprétation de ces principes, le Conseil constitutionnel a préféré en définir lui-même et très précisément le contenu et indiquer au gouvernement et aux juges administratifs ou judiciaires comment la loi votée par le Parlement doit être appliquée, allant parfois loin dans le détail. »
2. Bruno Daugeron, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la vérification des pouvoirs, histoire et théorie », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 41, n°4, octobre 2013.
3. Voir Jean-Pierre Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2022.
4. Élodie Guéguen et Sylvain Tronchet, « Présidentielle 1995 : ces trois mois où le Conseil constitutionnel a manœuvré pour “sauver” le président », Cellule investigation de Radio France, 20 octobre 2020 : www.radiofrance.fr/franceinter/presidentielle-1995-ces-trois-mois-ou-le-conseil-constitutionnel-a-manoeuvre-pour-sauver-le-president-3988830.
5. Décision n° 2013-156 PDR du 4 juillet 2013 du Conseil constitutionnel sur un recours de M. Nicolas Sarkozy dirigé contre la décision du 19 décembre 2012 de la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques.

150 000 euros. Enfin, il devra verser au Trésor public le montant arrêté à 363 615 euros par la Commission des comptes de campagne correspondant au dépassement du plafond des dépenses. En septembre 2021, l'ancien président a été condamné à un an de prison ferme, un système de fausses factures ayant été mis

en place pour camoufler le dépassement du plafond légal, mais il a fait appel.

Ces deux épisodes permettent de mesurer ainsi le chemin parcouru par l'institution constitutionnelle dans le paysage politique et juridique français.

Les efforts du Conseil constitutionnel pour devenir une cour constitutionnelle

Une jurisprudence constitutionnelle qui encadre l'action normative de façon croissante

À partir de 2010, l'activité contentieuse du Conseil constitutionnel s'intensifie.

Depuis le 1^{er} mars 2010, le Conseil constitutionnel a rendu plus de 1 060 décisions QPC dépassant largement le nombre de celles rendues en soixante ans par la voie du contrôle direct des lois avant leur promulgation. « Il a ainsi largement contribué à l'émergence d'un droit constitutionnel vivant qui se nourrit des jurisprudences nationales et européennes », a estimé l'un de ses membres¹. Son contrôle par voie d'action, lorsqu'il est saisi, en application de l'article 61 de la Constitution, par soixante parlementaires, a évolué. Il ne se saisit plus d'office de dispositions que les parlementaires n'ont pas critiqué, sauf pour faire respecter la procédure parlementaire. Les modalités de la justice constitutionnelle se transforment également. Elles sont plus transparentes, la déontologie des juges constitutionnels est devenue une préoccupation croissante². L'ouverture de la justice constitutionnelle vers le citoyen, le juge ordinaire et la recherche universitaire s'opère. Les présidents successifs Robert Badinter et Laurent Fabius veulent faire du

Conseil constitutionnel non seulement une juridiction constitutionnelle³, mais encore une cour constitutionnelle de référence⁴. Une « mue juridictionnelle » s'opère, le Conseil constitutionnel souhaitant s'aligner sur les exigences européennes du procès juste et impartial. Le procès constitutionnel devient public, avec plaidoiries d'avocats et de représentants du gouvernement, mais rarement ceux du Parlement.

Par cette intensification du contrôle, le Conseil constitutionnel exerce une influence directe sur l'application de la loi et indirecte sur l'agenda législatif. Chaque fois qu'il décide d'assortir sa déclaration de constitutionnalité d'une réserve d'interprétation, il adresse des directives à l'ensemble des autorités administratives et judiciaires, en indiquant la manière dont il convient d'appliquer la loi. Le Conseil constitutionnel, lorsqu'il censure une disposition législative, donne des indications sur les critères qui devraient être remplis pour que le dispositif envisagé devienne conforme aux exigences constitutionnelles. Par exemple, le Conseil a censuré en mai 2021 une première tentative du législateur de donner une base légale à l'utilisation des drones (caméras aéroportées) par les forces de sécurité intérieure ; un deuxième texte, répondant aux objections formulées, a été adopté en janvier 2022 et cette fois jugé conforme à la Constitution. Pour éviter une censure en n'admettant la conformité à la Constitution d'une disposition qu'au prix de son interprétation dans un sens

1. Dominique Lottin, « Avec l'introduction de la QPC, le Conseil constitutionnel acquiert le statut de juridiction », *Titre VII*, hors-série, « QPC 2020 : les dix ans de la question citoyenne », octobre 2020.

2. Voir notamment Elina Lemaire et Thomas Perroud (dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2022.

3. Robert Badinter, « Une longue marche, du Conseil à la cour constitutionnelle », art. cité, août 2009.

4. Discours de Laurent Fabius à Sciences Po Paris à l'occasion de la rentrée solennelle de l'école de droit, 14 septembre 2016.

conforme aux exigences constitutionnelles, le juge constitutionnel peut paradoxalement donner le sentiment de se substituer au législateur en corrigeant directement la loi ou en édictant de nouvelles obligations. En raison de cette politique jurisprudentielle, les relations entre le Conseil et le Parlement demeurent complexes. Pour le Sénat, « une déclaration d'inconstitutionnalité ne doit donc pas nécessairement être perçue comme un “camouflet” par le Parlement : elle peut ouvrir la voie à une rédaction de la loi par tâtonnements successifs, qui permet *in fine* d'atteindre l'objectif poursuivi dans le respect de l'État de droit. Le Conseil constitutionnel joue ainsi le rôle d'un garde-fou qui contribue à l'amélioration de la qualité de la loi¹ ». Pourtant, l'action du pouvoir politique doit désormais tenir compte des jurisprudences de cinq « cours suprêmes » – Conseil d'État, Cour de cassation, Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice de l'Union européenne –, qui interprètent en partie le même corpus juridique. Pour Pierre Steinmetz, « si l'on ajoute que chacune de ces cours entend être un peu plus suprême et un peu plus gardienne des droits que les autres, on obtient un phénomène d'entraînement, pour ne pas dire de surenchère, qui devient extrêmement contraignant² ». C'est précisément pour alléger les contraintes qui entravent le législateur que Les Républicains (LR), reprenant la dénonciation du « gouvernement des juges³ », ont déposé en juin 2023 une proposition de loi constitutionnelle⁴ qui, d'une part, étend le champ du référendum de l'article 11 en cantonnant le Conseil constitutionnel à un rôle consultatif, et, d'autre part, conférerait une immunité juridictionnelle à certaines lois relatives au « respect

de l'identité constitutionnelle de la France ou à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation » qui ne pourront se voir opposer le respect des traités et normes européennes. Toutefois, ces lois ayant une nature organique, elles seront automatiquement soumises au contrôle du Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, l'abrogation avec effet immédiat d'une disposition législative n'est pas toujours possible et le Conseil constitutionnel peut décider de différer dans le temps la date d'abrogation. Ce report est décidé dès la première QPC rendue, le 28 mai 2010, dans le contentieux de la décrystallisation des pensions des anciens combattants vivant dans les anciennes colonies. Chaque fois qu'il procède ainsi, il oblige le gouvernement à trouver un vecteur approprié pour réécrire la loi et le Parlement à en délibérer. Le Conseil constitutionnel a, par exemple, abrogé, le 22 septembre 2022, l'article 60 du code des douanes à la suite d'une QPC tout en invitant le gouvernement à revoir sa copie au plus tard le 1^{er} septembre 2023, afin de maintenir un fondement légal au droit de visite des douanes⁵. Ses décisions impactent ainsi l'agenda parlementaire.

Perfectionnant l'État de droit, le Conseil d'État a ouvert, dans une décision d'Assemblée du 24 décembre 2019⁶, la voie de la réparation des préjudices subis par une personne, du fait de l'application d'une loi déclarée contraire à la Constitution⁷ par le Conseil constitutionnel. Cette jurisprudence administrative représente une nouvelle étape dans la consolidation de l'État de droit. Le Conseil d'État juge ainsi que si des personnes ont subi des dommages (pertes financières, préjudices de toutes sortes, etc.) directement

1. Rapport Bonnacarrère, n° 592 du 29 mars 2022 précité.

2. Audition du 4 janvier 2022 dans le cadre du rapport précité.

3. « Le pouvoir n'est plus entre les mains du Parlement, mais entre celles des Cours suprêmes : Conseil constitutionnel, Cour européenne des droits de l'homme... Si nous ne modifions pas la Constitution, nous aurions beau voter des lois au Parlement, elles seraient aussitôt contredites par ce gouvernement des juges » pour le président des sénateurs LR Bruno Retailleau, *Le Journal du dimanche*, 21 mai 2023.

4. Proposition de loi constitutionnelle relative à la souveraineté de la France, à la nationalité, à l'immigration et à l'asile, n°1322, du 5 juin 2023.

5. Jusqu'à cette date ou jusqu'à l'entrée en vigueur de la réforme consécutive à cette censure, les dispositions actuelles de l'article 60 du code des douanes restent applicables (réponse ministérielle du 1^{er} mars 2023 à la question écrite n°04502 de Mme Else Joseph, sénatrice des Ardennes Les Républicains du 22 décembre 2022).

6. CE, Ass., 24 décembre 2019, Société Paris Clichy, Société Hôtelière Paris Eiffel Suffren et M. A, n°425981, 425983 et 428162.

7. C'est un troisième cas de responsabilité de l'État du fait des lois, qui s'ajoute à la traditionnelle responsabilité La Fleurette pour rupture d'égalité devant les charges publiques (CE, Ass., 14 janv. 1938, Société des produits laitiers « La Fleurette », Rec. CE p. 25) et à la responsabilité Gardedieu pour méconnaissance par la loi des engagements internationaux de la France (CE, Ass., 8 fév. 2007, Gardedieu, n° 279522, Rec. CE p. 78).

du fait de l'application de cette loi avant son abrogation, elles pourront en obtenir réparation en saisissant le juge administratif¹.

Une plus grande transparence

La transparence de la justice constitutionnelle² progresse, mais demeure insuffisante. Depuis la révision constitutionnelle de 2008, les personnalités pressenties pour devenir des juges constitutionnels sont auditionnées par les commissions parlementaires qui ratifient les propositions des autorités de nomination, ne pouvant s'y opposer que lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission atteint les trois cinquièmes, selon l'article 13 de la Constitution.

Toutes les étapes du procès constitutionnel sont désormais visibles. Les saisines sont publiées depuis 1983, les mémoires en réponse du secrétariat général du gouvernement, comme les répliques, depuis 1994, les noms des membres qui ont participé aux délibérations depuis 1995, les commentaires depuis 1996, le dossier documentaire depuis 1998. À la différence du contrôle par voie d'action, l'audience des QPC est publique depuis 2009, sauf cas exceptionnels listés par l'article 8 du règlement intérieur³, et est diffusée

en direct, par audiovisuel et Internet. Les parties peuvent être entendues dans le cadre du contentieux électoral depuis 1995 alors que le Conseil constitutionnel l'avait exclu en 1988. La procédure du contrôle par voie d'exception est détaillée dans un règlement intérieur publié dès février 2010⁴. Depuis le 10 mai 2016, les décisions rendues ont adopté un mode de rédaction plus compréhensible avec l'abandon des « considérants ». La loi organique n°2008-695 du 15 juillet 2008 réduit à vingt-cinq ans le délai de consultation des archives du Conseil constitutionnel. La procédure du contrôle par voie d'exception fait également l'objet d'un règlement intérieur depuis mars 2022⁵ qui consacre la pratique et comble une « lacune béante⁶ », la connaissance de cette procédure relevant jusque-là du « délit d'initié⁷ ». Il apparaît cependant que « les contraintes de temps et l'organisation interne du Conseil favorisent davantage un travail préalable individuel du rapporteur avec le secrétaire général et le service juridique plutôt qu'un travail collectif des membres du Conseil⁸ ».

Le règlement de 2022 contient certaines innovations, comme la publicité des contributions spontanément adressées au Conseil constitutionnel, communément appelées « contributions extérieures » ou, autrefois, « portes étroites »⁹, malgré des avis contraires de praticiens du droit qui auraient préféré le maintien d'une certaine opacité¹⁰. Ces contributions extérieures ne

1. Le Conseil d'État précise les conditions nécessaires pour qu'une telle demande de réparation puisse aboutir : (i) elle est possible dans les limites fixées par la décision du Conseil constitutionnel, qui tire de la Constitution le pouvoir de préciser les effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi et peut donc toujours décider de fermer ou de restreindre la voie à toute demande d'indemnisation ; (ii) les dommages subis doivent trouver leur cause directe dans l'application de la loi inconstitutionnelle ; (iii) la demande doit être faite dans les quatre années suivant la date à laquelle les dommages subis peuvent être connus dans toute leur étendue, sans que la décision du Conseil constitutionnel rouvre ce délai (règle de prescription quadriennale qui peut être opposée au demandeur par l'administration).
2. Voir une thèse récente : Mariana Almeida Kato (préface de Thomas Hochman), *La Transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparée (France, Brésil, États-Unis)*, Paris, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2023.
3. Dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes.
4. Voir « Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC », QPC 360° : <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-questions>.
5. Il prévoit la publication des saisines parlementaires dès leur transmission au Conseil, lequel peut recueillir, à leur demande, les observations écrites de députés ou sénateurs autres que les auteurs de la saisine. Voir « Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution », Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr/fondements-textuels/reglement-interieur-sur-la-procedure-suivie-devant-le-conseil-constitutionnel-pour-les-declarations.
6. Ferdinand Mélin-Soucramanien, « Adoption d'un règlement de procédure pour le contrôle *a priori* », rapport d'activité 2022 du Conseil constitutionnel.
7. Chronique de l'ouvrage de Michel Fromont, « La justice constitutionnelle dans le monde », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, 1996.
8. Mariana Almeida Kato (préface de Thomas Hochman), *La transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparée (France, Brésil, États-Unis)*, *op. cit.*, 2023, p. 214.
9. La liste des contributions extérieures était publiée depuis le 23 février 2017, et leur contenu depuis le 24 mai 2019.
10. Denys de Béchillon, « Réflexions sur le statut des portes étroites devant le Conseil constitutionnel », *Le Club des juristes*, janvier 2017. La note comporte un historique de cette pratique.

sont pas considérées comme des pièces de procédure et le Conseil constitutionnel n'est tenu ni d'examiner les dispositions qui sont contestées dans cette contribution puisque c'est la Constitution qui détermine quelles sont les autorités qui peuvent le saisir. Il n'est pas tenu non plus de répondre aux griefs qui y sont développés, quand bien même ils porteraient sur une disposition objet de la saisine, afin de garder le contrôle des délais et pour éviter une embolie en cas de multiplication de recours dilatoires. Pourtant, cette voie de recours informelle permet de contourner le nombre limitatif des auteurs d'une saisine du Conseil constitutionnel car, selon le doyen Vedel, « rien n'interdit à un groupement ou à individu de signaler au Conseil que, parmi les dispositions de la loi qu'il doit examiner il en est qui, même non critiquées par les acteurs "officiels", sont contraires à la Constitution et ne sauraient donc, selon eux, échapper à la censure du Conseil exerçant la plénitude de sa compétence¹ », puisque ce dernier examine en principe tous les articles d'une loi dont il est saisi. Autrement dit, une disposition législative pourrait être censurée par voie d'action à l'initiative d'un citoyen, ou plutôt d'un juriste appuyant, la plupart du temps, une démarche servant un intérêt particulier, d'une ONG ou d'opérateurs privés, sans même passer par la voie de l'exception.

La transparence de l'activité juridictionnelle du Conseil constitutionnel s'amplifie. Depuis 1996, les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, puis les *Nouveaux Cahiers* à partir d'octobre 2010, ont fourni, en cinquante-neuf numéros, une information complète sur le droit constitutionnel et l'activité du Conseil². En septembre 2018, les *Nouveaux Cahiers* ont été remplacés par une revue semestrielle entièrement

numérique, disponible sur le site du Conseil : *Titre VII*. Un rapport d'activité annuel est publié depuis 2016. Afin de mieux faire connaître la justice constitutionnelle, des audiences publiques sur des questions prioritaires de constitutionnalité sont organisées, depuis février 2019, dans des palais de justice en région, un concours « découvrons notre Constitution » est ouvert aux élèves du CM1 au lycée³, une « nuit du droit » est organisée chaque 4 octobre depuis 2017 – initiative reprise depuis par de nombreuses autres institutions ou établissements d'enseignement. Un prix de thèse est décerné depuis 1997 ainsi qu'un prix du livre juridique, décerné à l'occasion du salon du livre juridique organisé depuis 2009.

Constatant un « écart entre le succès avéré de cette nouvelle voie de recours sans qu'il s'agisse de négliger ses perfectionnements possibles, et la relative méconnaissance qui peut exister de la part des titulaires du droit à agir par voie de QPC⁴ », le président Laurent Fabius a lancé, en mars 2020, le projet « QPC 360 », « construit et conduit selon une démarche scientifique rigoureuse » selon son maître d'œuvre⁵, sélectionnant seize thèmes de recherche interdisciplinaire autour de deux axes majeurs : les aspects sociologiques de la QPC, c'est-à-dire les acteurs de la QPC et l'évolution de leurs pratiques ; les jurisprudences QPC, avec l'intention de dresser des bilans thématiques sur les dix années d'exercice de cette procédure. L'objectif a été « d'éclairer les praticiens sur les enjeux sous-jacents à la mobilisation ou pas de la QPC, aux articulations entre contrôle *a priori* et *a posteriori* dans une stratégie de contestation continue de la loi, ou encore aux articulations entre contrôle abstrait et contrôle concret de constitutionnalité⁶ ». Une base de données recensant l'ensemble

1. Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°1, décembre 1996.
2. Avec un résumé de la jurisprudence du trimestre du Conseil constitutionnel, analyse de la jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires, revue doctrinale, présentation d'une cour étrangère.
3. Deux prix pour le cycle 3 (CM1, CM2, 6^e), deux prix pour le cycle 4 (5^e, 4^e, 3^e) et deux prix pour le cycle 5 (lycée) sont remis chaque année, ainsi que des mentions et des prix spéciaux en fonction de la qualité et de l'originalité des travaux.
4. Avant-propos du président Laurent Fabius au numéro spécial de *Titre VII*, octobre 2020.
5. Dans le numéro spécial de *Titre VII*, octobre 2020 « QPC 2020 : une démarche scientifique pour une vaste ambition », Guillaume Drago détaille la méthodologie : « Composition d'un comité scientifique comprenant universitaires, magistrats, membres du Conseil constitutionnel ainsi que son secrétaire général et des chargés de mission, association du GIP Mission de recherche droit et justice, appel à projets, examen contradictoire par deux rapporteurs de chaque projet présenté, réunions avec les représentants des équipes de recherche, dialogue permanent, séminaire interne de restitution des recherches entreprises, colloque de présentation des résultats. »
6. Kathia Martin-Chenut, « L'initiative QPC 2020 à l'interface entre recherche et pratique/académie et justice », numéro spécial de *Titre VII*, octobre 2020.

des décisions des juridictions françaises relatives à la QPC a été ouverte. Elle regroupe ainsi en un lieu unique non seulement celles des décisions que le Conseil constitutionnel met déjà à disposition du public, mais également, le Conseil étant alors « réutilisateur », celles des décisions concernées par l'*open data*¹ et accueille également les décisions QPC des juridictions administratives spécialisées et, à titre transitoire, les décisions des juridictions judiciaires du fond qui ne sont pas encore diffusées en *open data*. Ce projet, qui ajoute à la recherche universitaire un « chaînage de la procédure, du stade où la QPC a été soulevée devant le premier juge, jusqu'à son examen par la juridiction du filtre qu'est le Conseil d'État ou la Cour de cassation et à son examen par le Conseil constitutionnel² » se veut une première pour une Cour constitutionnelle de travailler ainsi avec l'ensemble des juridictions intervenant dans le cadre d'une procédure visant au contrôle de la conformité des lois à la Constitution.

La démarche de transparence concerne même les conditions de rémunération des membres du Conseil constitutionnel. Entre 1960 et 2001, les membres du Conseil constitutionnel ont bénéficié d'un régime fiscal dérogatoire sur le fondement d'une décision du secrétaire d'État aux finances par laquelle seule la moitié de leur indemnité était soumise à l'impôt sur le revenu. À la demande du président du Conseil constitutionnel lui-même, une lettre du 16 mars 2001 signée par le secrétaire d'État au Budget a mis fin à l'abattement forfaitaire octroyé en 1960. Par compensation, la rémunération des membres a été complétée

par une « indemnité », dont le montant représentait en 2020 près de 57 % de leur rémunération globale. Cependant, cette situation présente une irrégularité manifeste, comme l'a démontré l'Observatoire de l'éthique publique dans une note publiée le 26 juin 2020³. Un avis budgétaire de l'Assemblée nationale a publié un bulletin de salaire d'un membre du Conseil constitutionnel et demandé de donner « une assise juridique viable à cette rémunération »⁴. Une proposition de loi de la députée socialiste Cécile Untermaier a bien été adoptée par la commission des Lois de l'Assemblée nationale lors de la dernière législature, le 10 février 2021, mais elle n'a jamais été inscrite à l'ordre du jour. De même, l'article 4 du projet de loi organique relatif au système universel de retraites n°2622 du 24 janvier 2020 alignait les modalités de rémunération des membres du Conseil constitutionnel sur le régime applicable aux autorités administratives indépendantes, mais la réforme n'a jamais été examinée par le Parlement. Il conviendrait toutefois également d'aligner la situation des membres du Conseil constitutionnel sur le principe de non-cumul avec les pensions de retraite, établi par un décret du 27 février 2020 relatif aux modalités de rémunération des membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes⁵. Une proposition de loi a été déposée dans ce sens⁶ à l'Assemblée nationale mais n'a jamais été examinée. Un consensus existe néanmoins sur la volonté de procéder à la régularisation de cette situation baroque. En Allemagne, les revenus des juges de la Cour constitutionnelle fédérale provenant

1. Articles 20 et 21 de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique et article 33 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice pour l'application duquel a été adopté le décret n°2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives.
2. « Laurent Fabius : QPC 360, "un outil utile à tous les acteurs de la procédure" », art. cité, 30 janvier 2023.
3. Pour Elina Lemaire, « aucune disposition n'autorise en effet le gouvernement à verser, sans en être habilité par la Constitution ou le législateur organique, une indemnité "secrète" dont le montant se révèle finalement supérieur au montant de la rémunération dûment prévue par les textes en vigueur. Seul le législateur organique, c'est-à-dire le Parlement, est habilité à définir les conditions de la rémunération des membres du Conseil constitutionnel, conformément à l'article 63 de la Constitution qui prévoit que la loi organique détermine les conditions d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel ». Voir Elina Lemaire, « Propositions pour une réforme du régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », note n°9, Observatoire de l'éthique publique, juin 2020 : www.observatoireethiquepublique.com/assets/files/propositions/notes/note-9.pdf.
4. Rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale n° 3399, annexe n°32, du 8 octobre 2020 pour la loi de finances pour 2021 de Christophe Naegelen.
5. Ce décret prévoit que « lorsque les membres d'une administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante sont titulaires d'une ou plusieurs pensions de retraite de droit direct, le montant de l'indemnité de fonction prévue à l'article 2 est réduit à due concurrence du montant de la ou des pensions perçues chaque année ».
6. N°1803 rectifié du 27 mars 2019 : www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b1803_proposition-loi#.

d'activités en dehors des fonctions de juge sont publiés sur le site de la Cour¹.

Un mode de nomination toujours critiqué

En revanche, la transparence n'a pas progressé sur les nominations, à droit constitutionnel constant. Celles-ci demeurent des actes de gouvernement, contre lesquels aucun recours juridique n'est possible². L'un des procès faits, depuis 1959³, au Conseil constitutionnel résulte de sa composition. Aucune qualification juridique n'est requise pour leur nomination, à la différence des juges ordinaires, pour lesquels la jurisprudence constitutionnelle exige elle-même que « les capacités, vertus et talents » pris en considération pour le recrutement des magistrats « doivent être en relation avec [leurs] fonctions⁴ ». Puisque le Conseil constitutionnel exerce désormais des fonctions juridictionnelles, des aptitudes particulières devaient être requises⁵.

La révision de 2008 a institué un contrôle parlementaire des nominations au Conseil constitutionnel. Il a une portée limitée, mais a le mérite d'exister. Politiquement, le Parlement ne pourrait s'opposer aux propositions de nomination que si les trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des commissions sont réunis. Cette majorité qualifiée est presque impossible à atteindre dans un système parlementaire majoritaire⁶. L'absence de contenu sub-

stantiel de l'audition est souvent dénoncée car « les parlementaires ne revendiquent pas la possibilité de contrôler les compétences des intéressés⁷ ». Sa légèreté (elle est particulièrement brève et dure environ une heure) contraste avec celles réalisées par le Sénat américain (plusieurs jours). Retransmises dans les médias, elles constituent un moment fort de la vie démocratique américaine. En France, l'absence de critère de condition d'accès et le parcours politique des personnalités pressenties ne facilitent pas le contrôle, qui demeure superficiel⁸. Or, le droit de regard du Parlement sur les personnes qui seront habilitées à l'interpréter et à contrôler les lois mérite un débat plus approfondi qu'il ne l'est actuellement. Cette carence est partiellement compensée par l'auto-contrôle auquel procèdent les membres du Conseil constitutionnel eux-mêmes. Le 4 août 2017, un communiqué rappela « l'obligation pour les membres du Conseil de s'abstenir de tout ce qui pourrait compromettre l'indépendance et la dignité de leur fonction » et avertissant qu'il pourrait être procédé à cette appréciation et, le cas échéant, conduire à constater la démission d'office. Cette démarche inédite contraignit Michel Mercier, désigné et confirmé par le Parlement, à renoncer et ainsi ne jamais entrer en fonction. Une démarche comparable avait été conduite en 1999-2000 à l'encontre de Romand Dumas, alors président du Conseil constitutionnel, et invité par les membres à se mettre en congé (24 mars 1999) suite à sa mise en examen dans l'affaire Elf (29 avril 1998) puis à démissionner en avril 2000.

Le mode de nomination en France est singulier. L'instance est régulièrement accusée sinon de politisation

1. Voir « Revenus des juges de la Cour constitutionnelle fédérale » : www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/Eink%C3%BCnfte%20-%20fr-2022.html.
2. CE 9 avril 1999, Mme Ba, Rec. Lebon p.124. Le Conseil d'État s'est déclaré incompétent pour examiner la légalité de la décision par laquelle le président de la République nomme un membre du Conseil constitutionnel.
3. Dans un article au *Monde* du 5 mars 1959, le juriste Charles Eisenmann évoquait la « stupeur » des premières nominations au Conseil constitutionnel dominées par « l'esprit de faveur, d'amitié, de complaisance ». Sur les dernières nominations de 2022 : Patrick Wachsmann, « Le cru 2022 des nominations au Conseil constitutionnel : en dessous du médiocre », JP Blog, 3 février 2022 ; Elina Lemaire, « Pour un contrôle véritable des candidatures au Conseil constitutionnel », *Le Monde*, 18 février 2022.
4. Décision DC-445, 19 juin 2001 loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature. La décision DC-466 du 20 février 2003 sur la loi organique relative aux juges de proximité renforce davantage cette exigence.
5. Patrick Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n°5, décembre 2010.
6. Difficile mais non impossible, comme le montre le rejet, en avril 2023, de la candidature de Boris Ravignon, maire (Les Républicains, LR) de Charleville-Mézières (Ardennes) à la présidence de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (Ademe).
7. Éric Buge, « Les auditions des candidats aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel par les commissions parlementaires », dans Elina Lemaire et Thomas Perroud (dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, op. cit., 2022.
8. Julien Jeanneney, « Les parlementaires tiennent leur rôle dans la nomination des candidats au Conseil constitutionnel de façon superficielle », *Le Monde*, 18 février 2022.

du moins d'être trop souvent « juge et partie », dans la mesure où les juges peuvent avoir pris part à l'élaboration des lois qu'ils sont amenés à juger de par leurs fonctions et mandats antérieurs. L'analyse¹ de l'origine des quatre-vingt-cinq conseillers nommés entre 1959 et 2019 souligne que 64 % ont occupé des fonctions politiques, 46 % ont appartenu à la haute fonction publique et 15 % au monde académique, dont la part régresse fortement récemment, tout comme les avocats : d'un tiers entre 1959 et 1983, ils ne sont plus que 10 % depuis 2001. Seuls dix conseillers étaient issus du secteur privé. Seules dix femmes ont été nommées depuis 1992. Pour un constitutionnaliste, « le Conseil constitutionnel est, culturellement parlant, une émanation de la haute administration française² », excipant le nombre de membres du Conseil d'État nommés juges constitutionnels comme le fait que le secrétaire général, « mémoire conscience et voix » de l'institution selon la sociologue Dominique Schnapper qui se fit ethnologue pendant son mandat de conseiller constitutionnel (2001-2010)³, est également un membre du Conseil d'État, sauf entre 1983 et 1986 lorsque la fonction fut occupée par un magistrat judiciaire.

Une plus grande déontologie

Pendant longtemps, les membres du Conseil constitutionnel ont pu disposer d'un mandat local, voire ont

pu exercer une fonction exécutive locale⁴. Si l'article 57 de la Constitution empêche les membres du Conseil constitutionnel d'être ministre ou membre du Parlement, ce n'est qu'en 1995 que les fonctions de juge sont devenues incompatibles avec tout mandat électoral et qu'en 2013 qu'ils sont soumis aux mêmes incompatibilités professionnelles que les parlementaires. En 1984, le Conseil a considéré que l'élection au Parlement d'un membre de droit du Conseil constitutionnel, en l'occurrence l'ancien président de la République Valéry Giscard d'Estaing, faisait obstacle à ce que celui-ci siège au sein de ce Conseil et devait être considéré comme mis en congé pendant la durée de son mandat électif national. En 2005 encore, Simone Veil demanda et obtint une mise en congé temporaire lui permettant de faire campagne dans le cadre du référendum sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

La gestion des conflits d'intérêts découle directement du mode de nomination du Conseil constitutionnel par des autorités politiques. S'y retrouvent d'anciens responsables politiques, qui ont pu avoir dans leurs responsabilités précédentes, notamment gouvernementales ou parlementaires, à participer directement ou indirectement à l'élaboration des normes qu'ils sont chargés de juger. Or, l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique définit désormais la notion de « conflit d'intérêts⁵ », qui s'applique aux parlementaires⁶ comme aux

1. Effectuée par Nicolas Bau et Liora Israël, « Quelques éclairages sociologiques sur la composition du Conseil constitutionnel », dans Elina Lemaire et Thomas Perroud (dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, op. cit., 2022.

2. Denis Baranger, « Réforme des retraites : "Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d'équilibre entre les pouvoirs" », *Le Monde*, 16 avril 2023.

3. Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010.

4. Ainsi, Marcel Rudloff présida la région Alsace et Maurice Faure, le conseil général du Lot.

5. Comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ».

Selon le site de la HATVP, cette définition met en évidence trois critères du conflit d'intérêts :

1/ le responsable public doit détenir un intérêt direct (une autre activité professionnelle) ou indirect (l'activité professionnelle du conjoint), privé (la détention d'actions d'une entreprise) ou public (un autre mandat électif), matériel (une rémunération) ou moral (une activité bénévole ou une fonction honorifique) ;

2/ cet intérêt doit interférer avec l'exercice d'une fonction publique. L'interférence peut être matérielle (une activité professionnelle spécialisée dans un certain secteur), géographique (les intérêts détenus dans une commune) ou temporelle (des intérêts passés) ;

3/ cette interférence doit « influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Ce critère implique d'examiner l'intensité de l'interférence au cas par cas : il y a un conflit d'intérêts quand l'interférence est suffisamment forte pour soulever des doutes raisonnables quant à la capacité du responsable public pour exercer ses fonctions en toute objectivité.

www.hatvp.fr/la-haute-autorite/la-deontologie-des-responsables-publics/prevention-des-conflits-dinterets/

6. Article 80 1 1 du règlement de l'Assemblée nationale, articles 91 bis à 91 quinquies du règlement du Sénat.

magistrats¹, car, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « les principes d'indépendance et d'impartialité sont indissociables des fonctions juridictionnelles » et concernent tous les organes dotés de pouvoirs juridictionnels, quels que soient leur composition et leur champ de compétence².

Certes, les règlements intérieurs de 2010 et 2022 prévoient désormais les cas de déport (abstention de juger à l'initiative d'un membre) ou de récusation (abstention de juger à l'initiative du président de la République, du Premier ministre et des présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, mais non de parlementaires quand bien même soixante d'entre eux ont saisi le Conseil constitutionnel). Cependant,

en matière de contrôle par voie d'action, le règlement de 2010 indique 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 », ce qui en restreint la portée. Dès lors qu'un quorum a été fixé à sept membres pour rendre valablement une décision, et que les membres sont, en majorité, d'anciens acteurs politiques (ministres ou législateurs), le risque de délibérer en deçà de cet effectif peut poser des problèmes de gestion des délibérations juridictionnelles et affecter la crédibilité de l'institution.

1. Article 7-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « Les magistrats veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts. Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. »
2. Voir décision n°2010-10 QPC du 2 juillet 2010, à propos du tribunal maritime commercial ; décision n°2010-76 QPC du 3 décembre 2010, à propos du tribunal des affaires de Sécurité sociale ; décision n°2010-110 QPC du 25 mars 2011, à propos des commissions départementales d'aide sociale ; décision n°2003-485 du 4 décembre 2003, à propos de la Commission des recours des réfugiés ; décision n°2012-241 QPC du 4 mai 2012, pour le tribunal de commerce ; décision n°2012-250 QPC du 8 juin 2012, pour la commission centrale d'aide sociale.

Le Conseil constitutionnel, rempart de l'État de droit

La temporalité et les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel par voie d'action, sur le fondement de l'article 62, et les effets de la décision (la disposition déclarée inconstitutionnelle ne pouvant être ni promulguée ni mise en application) l'inscrivent dans la séquence et le débat politiques. Ses récentes décisions le font davantage connaître des citoyens, comme celles relatives à la gestion de la crise sanitaire en 2020-2021 et à la réforme des retraites en 2023.

Le Conseil constitutionnel et l'épidémie de Covid-19

Confronté aux mesures d'urgence sanitaire pour affronter l'épidémie de Covid-19, le Conseil constitutionnel a rendu des décisions placées « sous le signe d'un certain pragmatisme, et d'une relative bienveillance à l'égard des choix opérés par le législateur en matière de restrictions de droits et libertés¹ ». Non seulement le Conseil constitutionnel a validé la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire, que la « Constitution n'exclut pas », par lequel le Premier ministre peut prendre des

mesures telles qu'un confinement de la population, mais encore a-t-il garanti, pendant plusieurs mois, une forme d'immunité juridictionnelle temporaire au nouveau régime de l'état d'urgence sanitaire, en suspendant les délais impartis aux trois juridictions suprêmes pour statuer sur la transmission des QPC puis, le cas échéant, sur la constitutionnalité des dispositions contestées. Il a également validé² une loi organique adoptée selon une procédure contraire à la Constitution³. Sur le fond, son contrôle a été souple au début mais plus contraignant ensuite. Dans un premier temps, il a fait primer la protection de la santé sur l'ensemble des droits et libertés garantis par la Constitution, permettant ainsi de justifier de très nombreuses restrictions, exerçant un contrôle minimal sur les mesures instituées⁴. Dans un second temps, il a renforcé son contrôle au fur et à mesure de l'installation de la crise sanitaire dans la durée.

Le Conseil constitutionnel et les retraites

Un autre exemple du rôle majeur – et ingrat – qui tend à être assigné au Conseil constitutionnel a été donné

1. Julien Bidoux Pérez, « Esquisse d'un bilan de la jurisprudence constitutionnelle aux temps de la Covid-19 », JP Blog, 6 octobre 2021.

2. Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020.

3. Si l'article 46 de la Constitution prévoit qu'un projet de loi organique « ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt », ce délai n'avait pas été respecté en raison de l'adoption en catastrophe de la loi organique.

4. Tenant compte des circonstances, le Conseil constitutionnel a fait primer la protection de la santé publique et n'a prononcé que des censures sur des points certes importants, mais circonscrits et n'empêchant pas la conduite générale de l'action publique en s'opposant au placement « automatique » à l'isolement ; à la rupture anticipée de certains contrats de travail faute de vaccination ; à l'accès des directeurs d'école au statut vaccinal des élèves ; au fait de subordonner l'accès à une réunion publique à la présentation du « passe sanitaire ».

avec la décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 sur la loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2023, vecteur juridique de la réforme des retraites. Rarement une aussi forte attente aura été suscitée. Si le gouvernement attendait une légitimation juridictionnelle de sa réforme, les oppositions espéraient – sans trop y croire – une dénonciation de l’usage abusif des outils du parlementarisme rationalisé¹. En actant seulement que l’utilisation « combinée » des procédures de parlementarisme rationalisé a revêtu un « caractère inhabituel », le Conseil constitutionnel « entérine donc le dérèglement causé par l’empilement inédit des méthodes de limitation des droits du Parlement et des parlementaires employées par le gouvernement pendant la discussion de la réforme des retraites » pour un constitutionnaliste², et aurait « perdu une chance de rétablir un degré, même minimal, d’équilibre entre les pouvoirs ». Pour un autre commentateur, « en sanctionnant la loi au motif que les droits du Parlement avaient été malmenés de manière “inhabituelle”, le Conseil protégeait les droits du Parlement et, à travers eux, les droits de la nation à une élaboration claire et sincère de la volonté générale³ » alors que sa décision est, pour une constitutionnaliste critique⁴, « la négation pure et simple du constitutionnalisme qui justifie sa mission⁵ ». Tel autre a critiqué sa « pusillanimité », son « excès de juridisme » et « son indifférence devant le lien éventuellement

nocif entre l’accumulation de ces procédures et la constitutionnalité de la loi [qui] devient, en revanche, problématique »⁶. Dénonçant un « détournement de procédure », le Conseil constitutionnel est accusé de « rater une occasion historique en ne faisant pas preuve d’audace » pour sanctionner la méthode du gouvernement consistant à « légiférer vite, sans trop de discussion, et garder une cartouche de plus pour l’utilisation de l’article 49-3 pour les lois ordinaires, hors article 47-1 », quand bien même aucune jurisprudence constitutionnelle du détournement de procédure n’existe, car si « rien dans la lettre de la Constitution n’interdisait un cumul, mais tout dans l’esprit le condamnait⁷ ». On adjure, à cette occasion, le Conseil constitutionnel de cesser d’être de façon quasi systématique le protecteur des prérogatives de l’exécutif, et de devenir le gardien des droits du Parlement et plus particulièrement des droits de l’opposition parlementaire⁸. Les commentaires approuvant sa décision sont plus rares. Ils soutiennent⁹ la prudence du Conseil constitutionnel lorsqu’il est confronté à « deux solutions, l’une et l’autre conformes à la Constitution : il n’appartient pas au juge constitutionnel de substituer son appréciation à celle décidée par l’exécutif » et pas davantage à sanctionner « le cumul de procédures conformes à la Constitution [qui] ne peut pas déboucher sur une procédure contraire à la Constitution », quand bien même ce cumul a été inhabituel selon la décision.

1. Samuel Turi, « Le Conseil constitutionnel n’est pas une Cour suprême : l’instrumentalisation discutable du juge constitutionnel français dans l’épisode de la réforme des retraites », blog de *Jus Politicum*, 27 avril 2023.
2. Denis Baranger, « Le Conseil constitutionnel a perdu une chance de rétablir un degré d’équilibre entre les pouvoirs », *Le Monde*, 16 avril 2023.
3. Dominique Rousseau, « La décision du Conseil constitutionnel s’impose mais, parce qu’elle est mal fondée et mal motivée en droit, elle ne peut pas clore le contentieux », *Le Monde*, 16 avril 2023.
4. Lauréline Fontaine, *La Constitution maltraitée, Anatomie du Conseil constitutionnel*, Paris, Amsterdam, 2023.
5. Lauréline Fontaine, « Réforme des retraites : “Ce n’est pas la justice constitutionnelle qui est en cause, mais bien les conditions dans lesquelles elle est rendue en France” », *Le Monde*, 18 avril 2023.
6. Alexandre Viala, « Réforme des retraites : “La bienveillance du Conseil constitutionnel est le retour du refoulé autoritaire issu des origines de la V^e République” », *Le Monde*, 18 avril 2023.
7. Olivier Beaud, « Réforme des retraites : “Le Conseil constitutionnel a raté une occasion historique en ne faisant pas preuve d’audace” », *Le Monde*, 25 avril 2023.
8. « Aux excès de l’opposition ont répondu des excès de la majorité. Mais ces excès sont l’expression même des travers de la V^e République : une majorité qui peut beaucoup, face à une opposition qui n’a jamais intérêt à concéder quoi que ce soit, afin d’exister et de cultiver un discours préparant les prochaines échéances électorales. Ce n’est donc pas le Conseil constitutionnel qui est en cause, puisqu’il n’a pas pour rôle de modifier ces institutions : les moyens à sa disposition étaient insuffisants pour que les droits du Parlement soient davantage préservés » pour Jean-Philippe Derosier, « Prêter des intentions politiques au Conseil constitutionnel n’est que pure spéculation », *Libération*, 17 avril 2023.
9. Didier Maus, « La leçon de droit parlementaire appliqué du Conseil constitutionnel sur la réforme des retraites devrait servir de modèle », *Le Monde*, 19 avril 2023.

Un contrôle de constitutionnalité qui donne le dernier mot au peuple

Si les décisions du Conseil constitutionnel semblent « le condamner irrémédiablement à l'instrumentalisation et à la vindicte¹ », elles ne lui donnent en revanche jamais le dernier mot. Pas davantage qu'il n'est une troisième chambre, son intervention ne conclut pas le processus démocratique. Le pouvoir constituant peut toujours recourir au « lit de justice constitutionnel », selon l'expression du doyen Vedel, technique consistant à modifier la Constitution en vue de parer à une déclaration d'inconstitutionnalité. Le pouvoir politique pouvait, s'agissant de la réforme des retraites, recourir à la deuxième délibération prévue par l'article 10 de la Constitution, afin de reprendre la délibération parlementaire en intégralité ou en partie. Le Conseil constitutionnel n'a donc jamais le dernier mot. En l'espèce, les critiques adressées au Conseil constitutionnel ont surtout révélé les symptômes d'une crise de la décision publique².

Ces critiques sur la justice constitutionnelle doivent s'apprécier au regard du contexte de sa remise en cause dans les démocraties illibérales. Contesté au nom de la liberté du peuple et de la lutte contre l'oligarchie³, le juge constitutionnel est en première ligne en Pologne, en Hongrie, au Brésil ou en Israël. Aux États-Unis, les nominations de Donald Trump ont bouleversé l'équilibre de la Cour suprême au net profit des conservateurs qui ont autorisé la remise en cause de l'encadrement fédéral du droit à l'avortement puis donné raison aux universités qui refusent des mesures de discrimination positive, légalisé le refus de service commercial à des couples homo-

sexuels ou encore rejeté le plan d'effacement des dettes étudiantes. En Grande-Bretagne, le Brexit a débuté par la volonté de rompre avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En France, la notoriété de polémiste d'Éric Zemmour débute avec sa croisade contre « le coup d'État des juges », titre d'un de ses ouvrages parus en 1997, reprenant paradoxalement les critiques de la gauche américaine⁴. En définitive, « à l'extrême gauche, un tel "populisme constitutionnel" tend à considérer les neuf membres de l'instance suprême comme de simples valets des puissants ; à l'extrême droite, il présente les droits humains comme une préoccupation réservée aux privilégiés et le droit international comme un obstacle à la souveraineté nationale⁵ ».

C'est dans ce contexte qu'il faut s'interroger sur la capacité qu'aurait le Conseil constitutionnel à être un rempart efficace de l'État de droit. Pendant la campagne présidentielle de 2022, la candidate Marine Le Pen avait annoncé qu'elle aurait eu recours au référendum, d'une part, pour imposer plusieurs mesures de son programme présidentiel⁶, d'autre part, pour instaurer, « sur le modèle hongrois », « un bouclier constitutionnel permettant aux juges français d'écarter toute règle de droit international ou communautaire qui lui serait contraire ». Le recours à l'article 11 aurait été par ailleurs facilité par son extension à tout sujet, à l'exception de « ceux portant une atteinte particulièrement grave aux intérêts nationaux », par l'abaissement du seuil à 500 000 signatures, mais interdisant, si le « non » l'emporte, de formuler une nouvelle proposition sur le même thème pendant quinze ans, tandis qu'un texte adopté par référendum ne pourrait plus être modifié que par

1. Samuel Turi, « Le Conseil constitutionnel n'est pas une Cour suprême : l'instrumentalisation discutable du juge constitutionnel français dans l'épisode de la réforme des retraites », *op. cit.*, 27 avril 2023.
2. Solenn de Royer, « Retraites : "Au fond, c'est l'essoufflement du modèle technocratique institué par le général de Gaulle que cette crise révèle" », *Le Monde*, 17 avril 2023.
3. Pierre Rosanvallon, *Le Siècle du populisme, Histoire, théorie, critique*, Paris, Seuil, 2019.
4. Voir à cet égard Frédéric Rouillois, *Le Gouvernement des juges, Histoire d'un mythe politique*, *op. cit.*, 2023.
5. Philippe Bernard, « "Pour comprendre le caractère précieux du Conseil constitutionnel, il suffit de tourner le regard vers les pays où les institutions de contrôle sont de pures façades" », *Le Monde*, 15 avril 2023.
6. Pour imposer le principe de la priorité nationale qui vaudrait non seulement pour l'accès à l'emploi, mais aussi pour l'attribution de logements et l'octroi des droits sociaux, contrevenant au principe d'égalité devant la protection sociale découlant du préambule de 1946 qui interdit que les étrangers en situation régulière en soient exclus ; pour exonérer d'impôt sur le revenu les moins de trente ans, contrevenant au principe d'égalité devant les charges publiques consacré par la Déclaration de 1789 ; pour créer une « perpétuité réelle », contrevenant à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prohibe les peines et traitements inhumains et dégradants en même temps qu'au principe constitutionnel d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

cette voie. Ces réformes, qui nécessitent une modification de la Constitution, auraient été opérées non par la voie de l'article 89 qui suppose un vote conforme des deux chambres, mais par l'article 11 de la Constitution. Pour justifier le recours au référendum, elle s'était principalement fondée sur le précédent de 1962, qui avait permis au général de Gaulle de modifier la Constitution pour faire élire le président de la République au suffrage universel direct. Elle avait aussi invoqué l'argument selon lequel une telle pratique avait constitué un « acquis jurisprudentiel ». Jean-Luc Mélenchon voulait également utiliser l'article 11 pour convoquer une assemblée constituante¹. Éric Zemmour, hostile au « gouvernement des juges », annonça vouloir en finir avec la possibilité offerte au Conseil constitutionnel de contrôler la conformité des lois au préambule de la Constitution de 1958, c'est-à-dire à la Déclaration des droits de l'homme de 1789, au préambule de la Constitution de 1946 et à la Charte de l'environnement de 2004, au prétexte que ces textes seraient davantage « philosophiques » que juridiques et que le Conseil constitutionnel serait illégitime à les invoquer parce que ce n'est pas le constituant qui lui aurait donné ce pou-

voir². Un an auparavant, le président du Conseil constitutionnel, Laurent Fabius, avait pourtant averti, le 4 février 2020³, que « le référendum de l'article 11 ne peut être utilisé pour réviser la Constitution. Pour cela, il faut utiliser l'article 89 », et a réitéré ses avertissements le 25 janvier 2021⁴ contre les projets de modification de la Constitution par le référendum en dehors du cadre constitutionnel de l'article 89.

En tout état de cause, les outils juridiques qui permettraient au Conseil constitutionnel de contrôler efficacement tant la procédure que les questions posées dans le cadre d'un référendum manquent singulièrement et ne se fondent que sur sa propre jurisprudence. Depuis une décision Hauchemaille rendue en 2000⁵, le Conseil constitutionnel s'est en effet reconnu compétent pour juger du décret de convocation des électeurs au référendum, et, par ce biais, pour contrôler, le cas échéant, la question posée aux Français. Toutefois, l'exercice est périlleux car il remettrait en cause inévitablement la légitimité du juge constitutionnel. Il importe donc de la renforcer préventivement.

1. <https://melenchon2022.fr/livrets-thematiques/6e-republique/>.

2. Denys de Béchillon, « Les énormités constitutionnelles du candidat Zemmour », *L'Express*, 18 janvier 2021.

3. Lors d'une rencontre avec des journalistes autour de la proposition de référendum d'initiative partagée lancée quelques mois plus tôt pour contrer la possible privatisation d'Aéroports de Paris.

4. « L'une des caractéristiques des démocraties avancées comme la nôtre, c'est que la loi, qu'elle soit votée par le Parlement ou le fruit d'un référendum, ne peut pas faire n'importe quoi et qu'elle doit être conforme à la Constitution et aux grands principes. C'est le rôle du Conseil constitutionnel mis en place par la V^e République de veiller et de contrôler cette conformité. C'est ce qui explique que les régimes prétendument démocratiques comme il peut en exister au sein même de l'Europe, ont les cours constitutionnelles au bout du fusil », *Le Parisien*, 25 janvier 2021.

5. Décision n° 2000-21 REF du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par M. Stéphane Hauchemaille.

Les propositions pour améliorer la juridiction constitutionnelle

Les Français verraient favorablement la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême, selon un sondage de février 2023¹, avec 61 % d'opinions favorables et 38 % d'opinions hostiles, mais la réforme ne viendrait qu'en cinquième position sur dix propositions de réforme, après l'interdiction du cumul de trois mandats identiques (81 %), la réduction d'un tiers du nombre de parlementaires (78 %), la proportionnelle intégrale pour l'Assemblée nationale (69 %) et à égalité avec le vote obligatoire (62 %). Le secrétaire général de Renaissance souhaitait, en janvier 2023², que la réforme des institutions suive celle des retraites, et proposait de lancer « le grand chantier de la réforme du Conseil constitutionnel, qu'il faut peut-être³ transformer en une vraie Cour suprême ».

Il n'existe pas de cour constitutionnelle parfaite et chaque justice constitutionnelle s'inscrit dans un contexte historique et politique particulier. Ainsi, le modèle américain, s'il conduit l'ensemble des acteurs politiques et médiatiques à s'intéresser aux nominations comme aux décisions de la Cour suprême, politise à l'excès le processus de nomination et ne garantit pas une jurisprudence progressiste, que ce soit sur les questions climatiques, les armes à feu ou

l'IVG⁴. De même, le modèle allemand est fondé sur un pouvoir discrétionnaire de la Cour de choisir librement l'admission des recours, ce qui serait sans doute peu admissible en France. Quant au modèle espagnol, il est en crise en raison d'un blocage politique de ses nominations, faute de pouvoir atteindre une majorité qualifiée des trois cinquièmes par le Congrès des députés et le Sénat⁵.

Par ailleurs, toute évolution substantielle de la justice constitutionnelle en France nécessite, d'une part, une révision de la Constitution, processus long et périlleux qui n'a pu être renouvelé depuis 2008, et, d'autre part, un consensus politique incluant l'accord du Sénat. En revanche, d'autres évolutions sont possibles, y compris dans la pratique des nominations.

Le préalable d'une réforme de la justice constitutionnelle est de « mettre fin au paradoxe linguistique⁶ ». Le « Conseil » n'en donne pas, mais rend des « décisions ». Le terme de « Cour » affermira son statut en mettant en adéquation sa fonction et son appellation : « eu égard à sa renommée acquise, l'évolution sera achevée lorsqu'il sera renommé », insiste le président Badinter.

1. Étude réalisée par Odoxa-Backbone Consulting pour *Le Figaro*. Enquête réalisée auprès d'un échantillon de Français interrogés par Internet du 21 au 22 février 2023. Échantillon de 1 005 Français représentatif et réalisé selon la méthode des quotas. Au près de l'ensemble des Français, la marge d'erreur s'établit, selon le score visé, entre 1,4 et 3,1 points.

2. « Après les retraites, nous devons réformer nos institutions », *Le Figaro*, 12 janvier 2023.

3. Souligné par nous.

4. Ludivine Gilli, *La révolution conservatrice aux États-Unis, De l'avortement au droit de vote, la démocratie pervertie*, La Tour-d'Aigues/Paris, L'Aube/Fondation Jean-Jaurès, 22 septembre 2022.

5. Víctor J. Vázquez, « Le tribunal constitutionnel espagnol : chronique d'une crise de crédibilité », JP Blog, 26 janvier 2023.

6. Robert Badinter, entretien du 20 février 2023.

Une composition plus incontestable

Le premier axe est de rendre la composition du Conseil constitutionnel moins contestable. À cet effet, il faut la dépolitiser, l'étoffer et renforcer sa déontologie. Son statut initial n'est plus adapté à son activité réelle¹.

Une première dépolitisation, plus symbolique qu'ayant une portée réelle, est la fin des membres de droit, une « exception française de trop² ». Elle fait consensus chez les juristes comme pour les acteurs politiques, puisque tant la gauche puis la droite et la majorité macroniste l'ont proposé lors de différentes tentatives de révision constitutionnelle, comme lors des dernières tentatives du 9 mai 2018 puis dans celle du 29 août 2019, lesquelles n'ont pas pu être menées à bien. Cette anomalie est liée aux circonstances de 1958³. À l'époque, nomination « purement honorifique [...] mais secondaire dans le nouveau dispositif institutionnel », elle permettait également un complément de retraite aux anciens présidents de la République⁴. ... Outre le fait que la condition matérielle de ces derniers s'est améliorée au fil des présidences et que leur donner une rémunération complémentaire comme membre du Conseil constitutionnel ne paraît plus nécessaire, cette suppression mettrait fin à une « véritable singularité que le Conseil constitutionnel français ne partage qu'avec le Conseil constitutionnel de Djibouti et la Cour constitutionnelle du Gabon⁵ ». Ainsi, ne prêtant pas serment, un ancien président, membre à vie du Conseil constitutionnel, peut continuer à s'exprimer dans les débats politiques, avoir une activité rémunérée d'avocat ou, s'il était condamné en justice,

continuer à siéger. Cette disparition des membres de droit ne vaudrait que pour l'avenir, ne s'appliquant pas aux anciens présidents au jour de la promulgation de la loi, comme l'avait prévu le projet de loi constitutionnel du 14 mars 2013⁶. Cette réforme ne devrait pas soulever de difficulté car leur participation active aux travaux du Conseil constitutionnel s'est estompée avec le temps. Après 2008, Valéry Giscard d'Estaing ne siégeait pas sur les affaires QPC en raison de son hostilité à cette procédure, Jacques Chirac ne siégea plus après 2011 pour des raisons de santé, Nicolas Sarkozy s'est mis en retrait du Conseil constitutionnel après la confirmation par le Conseil constitutionnel du rejet de ses comptes de campagne pour l'élection présidentielle de 2012 et François Hollande n'y a jamais siégé.

L'élection du président par ses pairs et non sa désignation par le président de la République est plus controversée. Elle risque en effet d'introduire des clivages internes artificiels, affaiblissant la cohérence nécessaire de l'institution, aux effectifs limités. Un précédent italien de 1987, où un candidat battu avait publiquement dénoncé le processus électoral, ne plaide pas dans ce sens. L'enjeu n'est pas mineur car l'effectif étant impair, sa voix peut départager en cas d'égalité de vote sur une décision.

Le deuxième axe de la dépolitisation est l'exigence d'une compétence juridique minimale. Ce réquisit mettrait en harmonie la composition du Conseil constitutionnel et sa propre jurisprudence relative à la nomination des magistrats qui exige des compétences juridiques. Aux États-Unis, tous les membres de la Cour suprême nommés depuis 1942 ont reçu une formation juridique. Une telle pratique coutumière pourrait être transposée, sans qu'il soit besoin de modifier la Constitution. La désignation des juges

1. Comme l'avait constaté dès 2009 Julien Thomas dans sa thèse *L'indépendance du Conseil constitutionnel*.

2. Robert Badinter, « L'exception française de trop », *Le Monde*, 19 mai 2012.

3. Notamment pour trouver un statut au dernier président de la IV^e République, René Coty.

4. Pascal Jan et Olivier Pluen, « Les anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel : un anachronisme bien vivant », *Les Petites Affiches*, n°239, « Les anciens présidents de la République : un nouveau sujet juridique ? », 30 novembre 2016.

5. Elina Lemaire, « Conseil constitutionnel : la suppression de la catégorie des membres de droit, une réforme indispensable », JP Blog, 19 juin 2018. Peuvent également être cités le Kazakhstan (article 71 de la Constitution du 30 août 1995), la Côte d'Ivoire (article 128 de la Constitution du 8 novembre 2016, lequel prévoit une faculté de renonciation expresse des anciens présidents) et le Cameroun (article 51 de la Constitution du 2 juin 1972).

6. La disposition ne devait pas s'appliquer « aux anciens présidents de la République qui, à la date de sa publication, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel ».

constitutionnels « par la voie d'un concours organisé par l'ENM et ouvert aux professions juridiques à partir de cinquante ans et vingt d'expérience » qui a été proposée¹ semble impossible, même à son auteur, mais doit être compensée par « l'obligation de choisir des juristes confirmés » afin qu'ils dialoguent à qualités égales avec les juristes du Conseil d'État et de la Cour de cassation. L'impartialité par la « professionnalisation » des membres du Conseil constitutionnel constitue également un gage donné au citoyen, nouvel acteur du procès constitutionnel. Enfin, le lien avec le Parlement doit être maintenu dans le processus de désignation, car le procès est fait à la loi. Il faut cependant nuancer la portée d'une exigence de compétence juridique qui est déjà en partie satisfaite. En effet, soixante-treize membres sur quatre-vingt-un possédaient en 2019 un diplôme impliquant l'étude du droit, soit 90 % des juges constitutionnels nommés depuis 1958². À l'exception de sept juges, l'ensemble des juges constitutionnels a bénéficié d'une formation juridique. La dernière nomination d'un juge sans formation juridique remonte à 1986, « ce qui pousse à conclure que le risque d'incompétence totale en droit n'existe plus aujourd'hui et ce d'autant plus depuis la mise en place des auditions par la révision constitutionnelle de 2008³ ». Exiger une compétence juridique minimale semble donc constituer un minimum pour une cour constitutionnelle.

L'équilibre entre la légitimité professionnelle et légitimité démocratique n'est pas simple à établir. En Belgique, elle est inscrite dans la loi du 6 juin 1989 qui institue une parité entre juges professionnels et anciens parlementaires. En Allemagne, les juges de la Cour de Karlsruhe sont élus par les deux chambres du Parlement, selon des modalités qui tendent à

préserver l'équilibre entre majorité et opposition parlementaire. La juridictionnalisation du Conseil constitutionnel conduit inexorablement⁴ à modifier sa composition. Sinon, le juge européen pourrait un jour examiner sa composition au regard des exigences d'indépendance et d'impartialité exigées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or « les risques de condamnation de la France du fait du fonctionnement "défectueux" du Conseil n'ont pas été éliminés », dès lors que l'application de la théorie des apparences conduit à considérer que la participation d'un juge à la décision alors qu'il a antérieurement fait connaître sa position sur la question en discussion méconnaît l'exigence d'impartialité⁵. Ces considérations conduisent à réformer la composition du Conseil constitutionnel pour l'éloigner de la sphère politique et la rapprocher de la sphère du droit, sans pour autant exiger que seuls des magistrats ou des juristes expérimentés ne puissent y siéger. Le juge de la loi exerce en effet un magistère particulier. Il juge le Souverain. Il doit respecter le pouvoir d'appréciation (d'opportunité) du Parlement, prendre en considération les contraintes de l'action publique, et se situer sur une ligne de crête entre le droit et le politique. Par ailleurs, le système de la voie d'action enserme l'office du juge dans des délais très contraints qui peuvent être desserrés, mais qui doivent demeurer dans le temps de l'action politique, nécessairement plus bref que celui de la justice ordinaire (ce qui conduit d'ailleurs régulièrement à la condamnation de la France par le juge européen, pour la lenteur de sa justice). Enfin, la jurisprudence constitutionnelle doit rester lisible : les décisions des juges constitutionnels allemands se caractérisent par leur lenteur, leur volume et leur

1. Dominique Rousseau, « La décision du Conseil constitutionnel s'impose mais, parce qu'elle est mal fondée et mal motivée en droit, elle ne peut pas clore le contentieux », art. cité, 16 avril 2023.
2. Un décompte plus fin de la thèse citée ci-après permet de recenser trente-sept juges « très qualifiés » en droit (docteurs en droit, énarques, élèves de l'ENM), soit un pourcentage de 46 % ; onze juges « qualifiés » en droit, titulaires d'une maîtrise (ou équivalent), soit 14 % des juges et vingt-quatre juges que l'on peut estimer « familiarisés » avec le droit, titulaires d'une licence ou d'un diplôme de sciences politiques, mais ne possédant pas de diplôme plus spécialisé, soit 30 % des juges.
3. Alexia David, *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, thèse de l'université de Normandie, 2021.
4. Comme le souligne Patrick Wachsmann dans « Sur la composition du Conseil constitutionnel », art. cité, décembre 2010 : « On ne peut vouloir une chose et son contraire : d'une part prétendre que la France a rejoint le groupe des États connaissant une justice constitutionnelle et exalter l'État de droit à longueur de discours, d'autre part, se contenter d'une composition peu crédible. »
5. David Szymczak, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : l'europeanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », *Jus Politicum*, n°7, « Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques ? », mai 2012.

caractère parfois hermétique¹. Établir un monopole d'accès des magistrats ou professeurs de droit pour juger la loi amène inévitablement à poser le parallélisme avec le créateur de la loi. Or, l'essence du mandat législatif est son accessibilité par tout citoyen. Le législateur n'est pas non plus nécessairement un professionnel du droit. Cette exigence risquerait par ailleurs d'abonder la critique récurrente d'un « gouvernement des juges » en référence au rôle des Parlements judiciaires de l'Ancien Régime qui freinèrent les réformes politiques. Le juge constitutionnel est amené à la fois à respecter le législateur² et à dépasser ce respect pour assurer le respect de la Constitution, fondement de l'État de droit.

On pourrait aller plus loin dans la transparence du choix des autorités de nomination en exigeant, d'une part, un appel public à candidature, et, d'autre part, une lettre de motivation des candidats et une motivation du choix des autorités de nomination, comme au Brésil. Ces exigences donneraient une assise plus solide au contrôle parlementaire préalable de la nomination. Pour rendre la composition encore moins critiquable, et répondre à la montée en puissance de la production contentieuse (de dix décisions par an en 1958 à dix par mois en 2023), on pourrait enfin envisager la nomination de six membres supplémentaires, portant l'effectif total à quinze membres, trois nommés par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes, en assemblées générales, et trois autres cooptés par les douze membres du Conseil constitutionnel. Cet accroissement permettrait d'envisager des formations de jugement plus ou moins étoffées en fonction de la difficulté du contentieux à traiter, comme cela est organisé dans les autres cours constitutionnelles. Par ailleurs, il pourrait être exigé un délai de « viduité » entre la cessation de fonctions gouvernementales ou l'exercice d'un man-

dat parlementaire, afin de parer aux critiques de partialité³. Enfin, pour garantir un certain dynamisme de l'institution, une limite d'âge en fin de mandat, de soixante-dix ou soixante-quinze ans par exemple, pourrait être instaurée. Les autorités de nominations pourraient, dès 2025, renforcer, par une nouvelle pratique, l'impartialité et le profil juridictionnel des prochains juges constitutionnels. Une prochaine révision de la Constitution permettrait d'y intégrer les autres recommandations qui relèvent de la loi fondamentale.

Propositions :

Lors des prochaines nominations en 2025 :

- exiger une compétence juridique ;
- respecter un délai de « viduité » après l'exercice de fonctions gouvernementales ou d'un mandat parlementaire ;
- instituer un appel public à candidature ;
- demander une lettre de motivation des candidats et motiver les propositions des autorités de nomination.

Lors d'une prochaine révision constitutionnelle :

- renommer le Conseil en « Cour constitutionnelle » ;
- intégrer l'obligation d'avoir une compétence juridique pour être nommé ainsi qu'un délai de « viduité » après l'exercice de fonctions gouvernementales ou d'un mandat parlementaire ;
- mettre fin aux membres de droit que sont les anciens présidents de la République ;
- augmenter l'effectif de six membres cooptés, trois nommés, respectivement, par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes, et trois cooptés ;
- instaurer une limite d'âge en fin de mandat (soixante-dix ou soixante-quinze ans).

1. Ainsi, il arrive en Allemagne que le juge du fond soit vigoureusement réprimandé par la Cour constitutionnelle pour avoir posé une « mauvaise question », par exemple dans l'arrêt sur les bananes (arrêt du Bundesverfassungsgericht du 7 juin 2000, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 155), où la cour reproche à la cour administrative de Francfort d'avoir mal compris son arrêt Maastricht (voir Constance Grewe, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs*, vol. 137, n°2, 2011).

2. « Le respect du rôle du législateur doit influencer la formulation d'un système d'interprétation approprié qui reconnaîtrait la volonté du législateur comme un facteur important dans l'interprétation de la législation. C'est le peuple qui crée la loi par le biais de ses représentants au Parlement. La loi est censée mettre en œuvre un intérêt public souhaité par le législateur au nom des citoyens qu'il représente. Cet intérêt doit être pris au sérieux et doit être exprimé lors de l'interprétation de la législation » pour Aharon Barak, président de la Cour suprême d'Israël. Voir son témoignage dans « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, n°66, 2006.

3. Une proposition de loi constitutionnelle sur l'encadrement de la nomination des membres du Conseil constitutionnel et sur la publication des opinions séparées n°1309 du 1^{er} juin 2023 déposée par les députés communistes, précitée, suggère un délai de dix ans.

Une déontologie renforcée

L'exigence d'impartialité s'impose au Conseil constitutionnel. Depuis une décision Ruiz-Mateos c/Espagne du 23 juin 1993, confirmée par plusieurs décisions¹, la Cour européenne des droits de l'homme soumet aux principes du procès équitable tous les organes qui disent le droit de manière déterminante pour une contestation portant sur un droit ou une obligation civile ou sur le bien-fondé d'une accusation pénale, ce qui englobe incontestablement le contentieux constitutionnel. Dans la mesure où le Conseil constitutionnel est doté de prérogatives qui l'amènent à abroger *erga omnes* une disposition légale qu'il juge non conforme à la Constitution, on peut considérer qu'il possède les caractéristiques d'un « tribunal » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, ou d'une « Cour suprême » complémentaire de la Cour de cassation et du Conseil d'État. À ce titre, il est soumis à l'exigence d'impartialité. Certes, l'obligation semble satisfaite, l'article 3 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 obligeant les membres nommés du Conseil constitutionnel à jurer d'exercer leurs fonctions « en toute impartialité ». Cependant, les obligations qu'emporte un tel serment ne sont pas précisées. Certes, l'article 2 du décret du 13 novembre 1959 fait ainsi interdiction aux membres du Conseil constitutionnel, pendant la durée de leurs fonctions, de prendre

aucune position publique ou de consulter sur des questions ayant fait ou étant susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a adopté en 2017 un code de conduite². S'il impose une « neutralité, dans l'exercice de leurs fonctions, à l'égard de tout groupe ou de toute communauté de nature sociale, politique, religieuse ou idéologique », il n'exclut pas que les juges « puissent appartenir à un tel groupe ou à une telle communauté et s'y engager avec la réserve appropriée ainsi que de participer autrement aux débats dans la société ». Il étend enfin le devoir de réserve après la cessation des fonctions³.

Pour renforcer cette exigence d'impartialité, les règles prévues par le règlement intérieur du Conseil constitutionnel devront prendre place au sein de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, qui devra comporter, d'une part, une définition du conflit d'intérêts, identique à celle retenue précédemment par le législateur pour les membres des juridictions administratives ou financières, les magistrats judiciaires et les membres du Conseil supérieur de la magistrature. Par ailleurs, il faudra inscrire dans la loi les obligations de déport ou de récusation figurant actuellement dans le règlement intérieur, lorsque leur participation aux délibérations de certains membres pourrait entacher d'un doute l'impartialité de la décision rendue⁴, comme l'avait envisagé la proposition de loi n°4274 du 2 décembre 2016 de la députée

1. Confirmée par plusieurs décisions Demicoli c/ Malte, 27 août 1991, n°13057/87 ; Süßman c/ Allemagne, 16 septembre 1996, n°20024/92 ; Trickovic c/ Slovaquie, 12 juin 2001, n°39914/98. « Dans la mesure où le Conseil constitutionnel est doté de prérogatives qui l'amènent à abroger *erga omnes* une disposition légale qu'il juge non conforme à la Constitution, on peut considérer qu'il a les caractéristiques d'un "tribunal" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, ou d'une "Cour suprême" complémentaire de la Cour de cassation et du Conseil d'État. À ce titre, il est soumis à l'exigence d'impartialité. »

2. www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/Verhaltensleitlinie%20-%20fr.html.

3. « Même après la cessation de leurs fonctions, les juges de la Cour constitutionnelle fédérale s'expriment et se conduisent avec retenue et discrétion par rapport aux affaires de la Cour.

Après la cessation de leurs fonctions, les juges de la Cour constitutionnelle fédérale n'interviennent pas dans des affaires qui ont été traitées par la Cour constitutionnelle fédérale lorsqu'ils en étaient membres ou qui sont en lien direct avec elles. Dans de telles affaires, les anciens membres ne donnent pas d'avis juridique, n'exercent pas d'activités d'avocat ou de conseil et n'interviennent pas en justice.

Dans la première année suivant la cessation de leurs fonctions, les juges de la Cour constitutionnelle fédérale n'exercent pas d'activité de conseil, ne donnent pas d'avis et n'interviennent pas en justice dans les domaines qui relevaient de leur compétence en tant que juges rapporteurs. Même après expiration de ce délai, ils n'interviennent pas devant la Cour constitutionnelle fédérale. Ils évitent l'impression d'une exploitation inappropriée de connaissances internes. »

4. En précisant toutefois que, « à la différence des textes relatifs au déport des magistrats administratifs ou judiciaires qui se réfèrent expressément à la fois aux "causes de récusation" et à la "conscience" du juge, cette procédure repose non pas sur une obligation juridique rattachée à des causes précises mais sur un devoir, ancré dans le for intérieur de chaque membre du Conseil, qui en apprécie à la fois la portée et l'effectivité. Ce choix prive également le Conseil de tout pouvoir pour apprécier la pertinence du déport » selon le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale n°4406 du 25 janvier 2017.

socialiste Cécile Untermaier. À cette occasion, les membres du Conseil constitutionnel pourraient être soumis, à l'instar de tous les pouvoirs publics constitutionnels depuis 2013, à l'obligation de déclarer leurs intérêts et leur situation patrimoniale auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Il est regrettable qu'ait été censuré dans une décision du 28 juillet 2016¹ pour un motif procédural un article imposant cette déclaration dans la loi organique n°2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature. Par ailleurs, un membre du Conseil constitutionnel souhaitant s'engager (ou retourner) en politique, en sollicitant un mandat électif, devrait démissionner au préalable et non solliciter une « mise en congé pour la durée de la campagne électorale », qui est « de droit », en application de l'article 4 du décret n°59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel.

Un brouillard persiste sur leur rémunération, pour moitié non imposable, suite à une simple décision administrative non publiée du 11 janvier 1960. Rendue publique en 1990, elle conduit à une majoration de la rémunération des membres en 2001 au fondement juridique incertain. La base légale de la rémunération des membres du Conseil constitutionnel devra être définie de manière incontestable, en reprenant les dispositions de la proposition de loi organique du 5 janvier 2021, et le non-cumul entre leur rémunération et une retraite devrait être instauré, afin de purger une situation pour le moins inconfortable. Parallèlement, le principe de l'autonomie budgétaire devrait lui reconnaître la libre fixation de ses crédits ; la libre gestion de ceux-ci ; un contrôle « aménagé » de l'exécution – qu'il a affirmé dès 2011, en contrepartie d'une plus grande lisibilité de son budget comme le réclament régulièrement les rapporteurs spéciaux des commissions des finances des assemblées².

Propositions

Insérer, au sein de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel :

- une définition des conflits d'intérêts ;
- les obligations de déport et de récusation ;
- les obligations de déclaration d'intérêt et de situation patrimoniale.

Obliger le membre du Conseil constitutionnel sollicitant un mandat électif à démissionner au préalable (en modifiant le décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 sur les obligations des membres du Conseil constitutionnel).

Donner une base légale à la rémunération des membres du Conseil constitutionnel et instaurer un non-cumul entre la rémunération et une retraite.

Instaurer le principe de l'autonomie budgétaire du Conseil constitutionnel.

Un fonctionnement de la procédure constitutionnelle amélioré

Si la QPC a modifié profondément les compétences du Conseil constitutionnel, son mode de fonctionnement demeure inchangé, ce qui étonne.

Depuis l'entrée en vigueur de la QPC, les juridictions du filtre ont enregistré 4 533 dossiers. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont décidé du renvoi de 929 QPC (429 dossiers ont été renvoyés par le Conseil d'État, 500 par la Cour de cassation) et du non-renvoi de 3 604 autres questions (1 364 par le Conseil d'État et 2 240 par la Cour de cassation).

1. Décision n°2016-732 DC du 28 juillet 2016.

2. Dans sa décision n°2011-642 DC du 15 décembre 2011, le Conseil a rappelé qu'il figure au nombre des pouvoirs publics constitutionnels et a jugé que le législateur a méconnu l'étendue de sa propre compétence en le soumettant au contrôle de la Cour des comptes.

Pour les traiter, aider les membres et faire fonctionner l'institution, quatre-vingt-cinq équivalents temps plein (ETP) lui ont été affectés en 2023 contre quarante-neuf en 2010, dont cinquante-cinq fonctionnaires de catégorie A, soit un triplement par rapport à 2010 (dix-sept ETP).

La force mais également la faiblesse de la justice constitutionnelle par voie d'action sont sa célérité. Si le Conseil constitutionnel doit statuer au plus tard dans un délai de trente jours, délai qui peut être réduit à huit jours en cas d'urgence, en moyenne, il rend sa décision au bout de seize jours dans le cadre de l'article 61. Il se prononce en moyenne dans un délai de soixante-quatorze jours dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution alors qu'il dispose d'un délai maximal de quatre-vingt-dix jours. En Allemagne, la durée moyenne est de deux ans¹... L'allongement de ce délai à trois mois, dans le cadre de l'article 61 (contrôle *a priori*), et à six mois dans le cadre de l'article 61-1 (contrôle *a posteriori*) permettrait une plus grande collégialité du jugement, avec des réunions d'étapes précédant la séance plénière lors de laquelle les autres membres découvrent les tenants et aboutissants du procès constitutionnel. Il pourrait également conduire à améliorer la motivation des décisions constitutionnelles, trop souvent elliptiques et critiquées à juste titre par la doctrine² car « dire qu'un principe constitutionnel est ou n'est pas méconnu ne donne pas les motifs qui ont conduit

à prendre telle décision plutôt que telle autre³ ». Certes, actuellement, la faiblesse des motivations est compensée par la richesse des commentaires, publiés sur le site Internet du Conseil qui constituent des éléments d'explication voire « un alibi commode pour maintenir un faible niveau d'argumentation et constituent un facteur d'appauvrissement des décisions⁴ ».

On pourrait également envisager que les parlementaires puissent plaider plus souvent la constitutionnalité des lois qu'ils ont rédigées, comme cela a été le cas dans le cadre de la réforme des retraites⁵. Le doyen Vedel y était hostile⁶, les présidents des assemblées avaient décliné une proposition du président Badinter en 1986⁷ d'intervenir dans le cadre du contrôle *a priori*, et les parlementaires, hormis quelques toutes premières décisions, n'interviennent pas davantage dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la QPC. Cependant, le rapport du Sénat sur la loi organique d'application de la QPC en 2009 s'y déclare favorable⁸. L'actuel climat parlementaire comme le manque de temps n'inclinent sans doute pas à s'y engager. Au demeurant, les assemblées parlementaires nationales s'en remettent généralement à leur gouvernement pour défendre les lois qu'elles adoptent ou les compétences qu'elles exercent au cours d'un procès devant les cours constitutionnelles.

Le renforcement de l'appui juridique aux juges constitutionnels paraît nécessaire, afin de consolider, d'une

1. « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes », recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, mai 2017 : www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2017/07/15.05-RAPPORT-FINAL-d%C3%A9finitif.pdf/.
2. Voir notamment Lauréline Fontaine, *La Constitution maltraitée, Anatomie du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 2023.
3. Dominique Rousseau, « La décision du Conseil constitutionnel s'impose mais, parce qu'elle est mal fondée et mal motivée en droit, elle ne peut pas clore le contentieux », art. cité, 16 avril 2023.
4. *Ibid.*
5. La décision recense, outre les traditionnelles observations du gouvernement, les observations de la présidente de la commission des affaires sociales du Sénat, celles présentées à la demande du Conseil constitutionnel par la présidente de l'Assemblée nationale et par le président du Sénat, les observations en réplique présentées par les sénateurs requérants, et a entendu les députés Nupes et les sénateurs de la gauche.
6. « Quant à se décharger de la défense de la loi sur les présidents des commissions intéressées ou sur les rapporteurs, ce serait entrer dans des difficultés dont le nombre et la variété n'apparaissent que trop. En réalité, la meilleure défense de la loi se trouve dans la lecture des travaux préparatoires et des débats en séance qui figurent évidemment dans le dossier que le Conseil constitutionnel compose lui-même. », cité dans *Cahiers du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 1996.
7. Olivier Dord, « La QPC et le Parlement : une bienveillance réciproque », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°38 (Dossier consacré au « Conseil constitutionnel et le Parlement »), janvier 2013.
8. « Rien ne s'oppose à ce que les parlementaires envoient [des contributions extérieures], mais force est de constater qu'il n'est jamais fait usage d'une telle faculté. Pourtant, les parlementaires pourraient trouver intérêt, autant que le gouvernement qui est le plus souvent seul à intervenir en défense de la loi déférée, à faire valoir leur point de vue, sans toutefois reproduire devant le Conseil constitutionnel les débats tenus au Parlement. » D'ailleurs, lors de la discussion de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009, c'est le Sénat qui avait estimé que « sans qu'il soit nécessaire de le prévoir dans la loi organique, les observations des présidents des assemblées comme des autres parlementaires pourront naturellement être accueillies par le Conseil constitutionnel » (rapport n°637 du 29 septembre 2009, de Hugues Portelli sur le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution).

part, la collégialité interne du Conseil constitutionnel et, d'autre part, l'appropriation de la jurisprudence constitutionnelle par ses membres. En France, l'organisation interne du Conseil constitutionnel est centralisée auprès du président et du secrétaire général, lequel joue un rôle central auprès du juge-rapporteur, comme dans la procédure parlementaire, dans la mesure où, selon le témoignage de Dominique Schnapper en 2010, « la première rédaction du projet de décision est élaborée lors d'une discussion de travail interne entre le secrétaire général et les membres du service juridique avant même d'être discutée avec le rapporteur ». En Allemagne en revanche, chacun des douze juges constitutionnels dispose de quatre assistants, qui sont de jeunes juges des juridictions administrative ou judiciaire, détachés pour un mandat de deux ou trois ans, et d'auxiliaires juridictionnels, qui sont issus des assistants des facultés de droit, pour les recherches documentaires, ainsi que d'un secrétariat. Ainsi, chaque membre peut se faire une opinion personnelle, même s'il existe, comme en France, un juge rapporteur.

Dans le prolongement, la publication des opinions dissidentes¹ est commune dans d'autres cours constitutionnelles mais étrangère à la tradition juridique française. Certes, elle risque d'affaiblir la collégialité de l'instance, qui fait actuellement sa force². En Allemagne, le code de conduite de 2017 permet cependant aux membres de la Cour constitutionnelle fédérale de s'exprimer « avec la retenue appropriée, eu égard à leurs fonctions, toute critique d'opinions ou de positions juridiques », cette obligation s'appliquant « en particulier à l'égard des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale elle-même ». La Cour européenne des droits de l'homme les autorise également, ce qui permet de nouer le dialogue entre les juges et les États membres, et améliore l'acceptation des arrêts par les gouvernements nationaux. La

Commission de Venise³ s'est prononcée favorablement en 2018⁴, en proposant des lignes directrices, car « on peut considérer que la dissidence judiciaire publique sape l'autorité d'un arrêt, mais aussi qu'elle joue un rôle constructif, puisque la pluralité des vues renforce la légitimité des tribunaux ». Les opinions séparées pourraient contraindre à développer la motivation et renforcer l'acceptabilité de la décision. Elles devraient donc, comme le propose la commission de Venise, s'attacher surtout « à expliquer que la question pourrait être abordée autrement et peut-être d'une meilleure manière, mais non que la solution retenue par la majorité est de mauvaise qualité ». Solution de dernier recours, elles sont conçues comme pouvant conduire la majorité de la cour constitutionnelle à « réagir et répondre à une opinion séparée écrite et modifier si nécessaire ses propres conclusions ou raisonnements ». Celle-ci doit donc disposer de l'opinion dissidente écrite avant que l'arrêt définitif soit annoncé, adressé aux parties ou publié. La délibération interne au Conseil constitutionnel n'en serait que renforcée, obligeant le juge-rapporteur à approfondir le dialogue interne avec ses collègues.

Propositions

Allonger de un mois à trois mois le délai dans lequel le Conseil constitutionnel doit statuer dans le cadre de l'article 61 (contrôle *a priori*), et à six mois dans le cadre de l'article 61-1 (contrôle *a posteriori*), afin d'améliorer la motivation de ses décisions.

Renforcer le service juridique du Conseil constitutionnel et affecter à chacun de ses membres une équipe de juristes.

Autoriser la publication des opinions séparées dans les conditions énoncées par la Commission de Venise en 2018.

1. Voir la thèse *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, de Wanda Mastor (préface Michel Troper) de 2005 ; de la même autrice, « Opinions séparées et interprétations concurrentes de la Constitution », *Revue des droits de l'homme*, n°21, 2022 ; « Contributions au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles » dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, juillet 2000.
2. En ce sens, le doyen Vedel qui craignait les « opinions en forme de longues plaidoiries pour des procès entre membres du Conseil. Le troisième – et non le moindre – serait de priver le Conseil de la patiente élaboration du consensus qui préside à un grand nombre de décisions. Elle serait sacrifiée au désir sportif bien humain – et bien français – de signer de son nom l'exploit du jour ».
3. La Commission européenne pour la démocratie par le droit, plus connue sous le nom de Commission de Venise, ville où elle se réunit, est un organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles.
4. Rapport sur les opinions séparées dans les cours constitutionnelles adopté par la Commission de Venise lors de sa 117^e session plénière (Venise, 14 et 15 décembre 2018).

Quelles perspectives pour parachever le contrôle de constitutionnalité ?

Trois réformes sont susceptibles d'asseoir la magistrature d'un Conseil constitutionnel après sa transformation en Cour suprême.

Tout d'abord, se posera la question de l'articulation entre le Conseil constitutionnel et les deux cours suprêmes de la justice judiciaire, la Cour de cassation, et de la justice administrative, le Conseil d'État, qui assurent actuellement, en matière de QPC, le filtrage des pourvois, ce qui les a conduits à développer une jurisprudence et une culture de « pré-contentieux » constitutionnel. Mais si le Conseil constitutionnel devient une véritable « Cour suprême », la question de la subordination des deux autres hautes juridictions se posera, *via* par exemple la création d'une voie d'appel des décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation. En Espagne (et dans de nombreux autres pays hispaniques), la procédure de l'*amparo* permet depuis 1980 à tout citoyen de saisir le Tribunal constitutionnel d'un recours en protection des droits constitutionnels, y compris contre les décisions des juridictions suprêmes. Cette évolution, subtilement amorcée par des audiences décentralisées dans les palais de justice en régions afin de créer un lien direct entre les juges du fond et le Conseil, sera douloureuse, compte tenu du poids de l'histoire de la justice en France et de leur volonté d'autonomie, même s'il existe un « trilogue » entre ces trois instances à travers leur jurisprudence respective¹. Elle pourrait être cantonnée à la question des libertés fondamentales. Elle posera la question du maintien du filtre opéré par le Conseil d'État et la Cour de cassation.

Elle portera une dynamique du contrôle de constitutionnalité par les juges ordinaires dont la QPC constitue les prémices.

Cette même logique de perfectionnement du contrôle de constitutionnalité pourrait conduire à y soumettre systématiquement toutes les lois votées sans qu'il soit besoin d'une saisine. Leur volume est faible, une cinquantaine par an. On ne peut en effet écarter l'hypothèse d'un consensus politique pour ne pas déférer une loi malgré un risque d'inconstitutionnalité. Par ailleurs, alors que le président de la République « veille au respect de la Constitution » selon l'article 5 de la Constitution, il ne procède à aucune appréciation sur la constitutionnalité d'une loi avant de la promulguer. Sans saisine, point de contrôle *a priori* mais un contrôle éventuel *a posteriori*.

Pourrait ensuite s'envisager le « rapatriement » au Conseil constitutionnel du contrôle de conventionnalité, comme l'avait envisagé Jean-Louis Debré auditionné par le comité Balladur en 2007, lequel est actuellement exercé par le Conseil d'État et la Cour de cassation². Ce contrôle permet d'assurer une double protection des libertés fondamentales. Il a « en pratique, la même portée et les mêmes effets qu'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception³ » et constitue, dans les faits, une autre forme de contrôle de constitutionnalité. Alors qu'on pouvait croire que le contrôle de conventionnalité rendait inutile le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, « avec la révision constitutionnelle de 2008, que cet inutile est devenu, en réalité, indispensable⁴ », pour des raisons de cohérence juridique, et expliquer qu'une loi puisse être écartée au regard des traités et ne pas l'être au regard de la Constitution, et de volonté politique, de remettre la Constitution au premier rang de l'édifice normatif. D'autant que, en consacrant le contrôle concret de conventionnalité

1. Régis de Gouttes – premier avocat général à la Cour de Cassation –, « Le dialogue des juges », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, hors-série 2009, Colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009.
2. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, dans laquelle a jugé que, malgré le principe de la primauté des traités sur les lois posé par l'article 55 de la Constitution, il n'était pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France et notamment la Convention européenne des droits de l'homme. « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, recueil p. 19).
3. Olivier Dutheillet De Lamothe, « Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France », visite au Tribunal constitutionnel espagnol de Madrid, 2-4 avril 2009, site du Conseil constitutionnel.
4. Bernard Stirn, président de la section du contentieux, « L'utilisation des moyens de constitutionnalité et de conventionnalité devant le juge de droit commun : vers un rééquilibrage ? », table ronde organisée à Aix-en-Provence, 2 février 2015, site du Conseil constitutionnel.

des lois, la jurisprudence Gomez¹ permet désormais au juge de constater la compatibilité *in abstracto* des normes législatives en question avec la norme conventionnelle et d'écarter une loi parfaitement conventionnelle dont il estime que l'application porte une atteinte excessive à un droit fondamental. De fait, « le Conseil d'État a ainsi étendu de manière potentiellement considérable (même si seul l'avenir dira la portée réelle de ce nouveau principe) le périmètre dans lequel il substitue sa propre appréciation à celle du législateur² ».

Enfin, un meilleur contrôle du recours au référendum consoliderait l'État de droit, en empêchant toute dérive populiste. En application de l'article 58 de la Constitution, le Conseil constitutionnel « veille à la régularité des opérations de référendum » et contrôle les actes préparatoires au scrutin. De même que le Conseil constitutionnel valide le déclenchement de la procédure du référendum d'initiative partagée³, il doit pouvoir contrôler les questions posées dans le cadre de l'utilisation de l'article 11 de la Constitution. Ce contrôle ne peut être que préventif. L'annulation d'un référendum est juridiquement et politiquement impossible une fois que le peuple souverain s'est prononcé, le Conseil constitutionnel n'étant plus compétent. Comme ce décret contient le texte de la question à poser aux citoyens, le Conseil est, depuis la jurisprudence Hauchemaille déjà évoquée, juge de la conformité de cette question à la Constitution. Ce contrôle n'est pas attentatoire à la souveraineté de la Nation : « D'une part, parce que la Constitution n'est rien d'autre que la règle du jeu que la Nation s'est donnée à elle-même (et qu'elle ne peut pas se trahir

en confiant à des juges indépendants le soin de la contraindre à respecter sa propre règle) ; d'autre part, parce que le Conseil constitutionnel ne statue pas ici sur le choix du peuple souverain puisqu'il n'annule pas du tout la loi référendaire votée. Loin en amont, il empêche seulement le président de la République de poser aux Français une question qu'il n'a pas le droit constitutionnel de lui poser. C'est tout autre chose », selon un juriste⁴. Ce garde-fou jurisprudentiel devrait être consolidé dans la loi organique n°2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution. Si, en effet, passage en force il y aura, jouant le peuple contre les juges, ce qui s'apparenterait à un coup d'État pourrait justifier la mise en œuvre de la procédure de destitution prévue à l'article 68 de la Constitution. Que le gardien de la Constitution la viole ouvertement serait sans doute constitutif d'un « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat », incrimination permettant le déclenchement de la procédure⁵. Un autre garde-fou démocratique pourrait conduire à un revirement de jurisprudence en étendant le contrôle constitutionnel aux lois adoptées par référendum, ce que le Conseil constitutionnel s'est refusé à faire depuis 1962. Les temps ont changé et les exemples étrangers ont montré que le peuple pouvait porter atteinte aux droits fondamentaux et saper l'État de droit. Face à un tel scénario de crise constitutionnelle majeure, il est plus que temps de renforcer le juge constitutionnel par des réformes confortant son indépendance et son impartialité.

1. CE, Ass., 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez, n°396848.

2. Laure Weymuller, *Le Conseil d'État face aux mutations du contrôle de conventionnalité*, Mémoire de Master 2, « Droit public approfondi », Université Panthéon-Assas, sous la direction de Benoît Plessix, juin 2017, *Jus Politicum*.

3. Le Conseil constitutionnel vérifie que l'objet de la proposition de loi respecte les conditions posées aux troisième et sixième alinéas de l'article 11 de la Constitution, c'est-à-dire que la proposition : (i) porte « sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions » ; (ii) n'a pas pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ; (iii) ne porte pas sur le même sujet qu'une proposition de loi rejetée par référendum il y a moins de deux ans ; (iv) qu'aucune disposition de la proposition de loi n'est contraire à la Constitution (vérification faite en application de l'article 61 de la Constitution).

4. Denys de Béchillon, « Programme de Marine Le Pen : le recours direct au référendum constituant se heurte à des obstacles juridiques infranchissables », Le Club des juristes, 19 avril 2022.

5. Anne Levade, « Programme de Marine Le Pen : difficile conciliation avec notre Constitution », Le Club des juristes, 20 avril 2022.

Table des matières

- 01 Propositions pour améliorer la juridiction constitutionnelle
- 03 Introduction
- 05 Une institution à l'origine contestée et toujours contestable ?
- 05 Le ralliement de la gauche à une institution « politisée »
- 08 Le ralliement de la droite à l'exception d'inconstitutionnalité
- 11 Le Conseil constitutionnel, juge des élections
- 13 Les efforts du Conseil constitutionnel pour devenir une cour constitutionnelle
- 13 Une jurisprudence constitutionnelle qui encadre l'action normative de façon croissante
- 15 Une plus grande transparence
- 18 Un mode de nomination toujours critiqué
- 19 Une plus grande déontologie
- 21 Le Conseil constitutionnel, rempart de l'État de droit
- 21 Le Conseil constitutionnel et l'épidémie de Covid-19
- 21 Le Conseil constitutionnel et les retraites
- 25 Les propositions pour améliorer la juridiction constitutionnelle
- 26 Une composition plus incontestable
- 29 Une déontologie renforcée
- 30 Un fonctionnement de la procédure constitutionnelle amélioré
- 33 Quelles perspectives pour parachever le contrôle de constitutionnalité ?

Collection dirigée par Laurent Cohen et Jérémie Peltier

© Éditions Fondation Jean-Jaurès
12, cité Malesherbes – 75009 Paris

www.jean-jaures.org

Derniers rapports et études :

09_2023 : La binationalité, une spécificité dans l'engagement politique ?
Florence Baillon, Hélène Demeestere, Laure Pallez

09_2023 : Pour une école du « nous ». Vivre l'altérité à l'école, le pari gagnant d'une Nation
Cathy Racon-Bouzon, Tarik Ghezali

07_2023 : Surveiller et laisser périr. À quoi sert Frontex ?
Gustav Fiere

06_2023 : De la solitude choisie à la solitude subie. Enquête sur une « sociose »
Adrien Broche, François Miquet-Marty, Lucia Socias

06_2023 : L'Union européenne et les médias. Atonie générale, sursaut récent
Théo Verdier

06_2023 : Vers la vie pleine. Réenchanter les vacances au XXI^e siècle
Benoît Kermoal, Jérémie Peltier

05_2023 : Le pastoralisme en Afrique : un mode d'existence en péril ?
Pierre Jacquemot

05_2023 : La haine anti-LGBTI+ en France. Instantanés issus de l'application FLAG! en 2022
Flora Bolter, Denis Quinqueton, préface de Johan Cavirot

04_2023 : La guerre en Ukraine menée par la Russie : regards latino-américains
Jean-Jacques Kourliandsky (coord.)

04_2023 : L'accompagnement de la perte d'autonomie : une politique publique en déshérence ?
Diagnostic et propositions
Luc Domergue, Pavel Rehor

04_2023 : État d'urgence démocratique : comment décider ensemble ?
Marinette Valiergue

-  fondationjeanjaures
-  @j_jaures
-  fondation-jean-jaures
-  www.youtube.com/c/FondationJeanJaures
-  fondationjeanjaures

Abonnez-vous !



www.jean-jaures.org

Fondation
Jean Jaurès
ÉDITIONS