

POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 105

S O M M A I R E

FRANCIS DELPÉRÉE	5
Le Conseil constitutionnel : état des lieux	
PHILIPPE BLACHÈR	17
Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ?	
JACQUES MEUNIER	29
Les décisions du Conseil constitutionnel et le jeu politique	
ARNAUD DERRIEN	41
Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel	
CHRISTINE MAUGÜÉ	53
Le Conseil constitutionnel et le droit supranational	
GUILLAUME DRAGO	73
Réformer le Conseil constitutionnel ?	
NICOLAS MOLFESSIS	89
L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel	
DENYS DE BÉCHILLON	103
Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ?	
FERDINAND MÉLIN-SOUCRAMANIEN	117
Le Conseil constitutionnel, juge électoral	

BASTIEN FRANÇOIS	133
La perception du Conseil constitutionnel par la classe politique, les médias et l'opinion	

CHRONIQUES**« LETTRE D'ALLEMAGNE »**

ADOLF KIMMEL	145
Les élections du 22 septembre 2002 au Bundestag Des vainqueurs inattendus	

JEAN-LOUIS HÉRIN	159
L'ordre du jour réservé. Sept années de gestion sénatoriale de l'article 48-3 de la Constitution	

REPÈRES ÉTRANGERS

(1 ^{er} octobre-31 décembre 2002)	
PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE HISCOCK-LAGEOT	177

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1 ^{er} octobre-31 décembre 2002)	
PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL	185

Summaries	213
-----------	-----

DENYS DE BÉCHILLON, professeur à l'université de Pau.

PHILIPPE BLACHÈRE, professeur de droit public à l'université Lyon II Lumière. Il a notamment publié *Contrôle de constitutionnalité et Volonté générale* (PUF, 2001) et a participé au *Dictionnaire du vocabulaire juridique* (Rémy Cabrillac [dir.], Litec, 2002).

FRANCIS DELPÉRÉE, correspondant de l'Institut. Ancien doyen de la faculté de droit de Louvain, il y enseigne le droit constitutionnel. Il est assesseur au Conseil d'État. Auteur de plusieurs ouvrages sur la justice constitutionnelle en Belgique et à l'étranger, il a réalisé, en 2002, le dossier de « présentation de la Cour d'arbitrage de Belgique » dans *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*.

ARNAUD DERRIEN, docteur en droit. Il est directeur de cabinet de François d'Aubert, député-maire de Laval.

4 GUILLAUME DRAGO, professeur à l'université Paris II (Panthéon-Assas), où il enseigne le droit et le contentieux constitutionnels. Il a publié un *Contentieux constitutionnel français* (PUF, «Thémis», 1998).

BASTIEN FRANÇOIS, professeur de science politique à l'université Paris I (CRPS/CNRS), a récemment publié *Misère de la V^e République* (Denoël, 2001) et, avec Jacques Lagroye et Frédéric Sawicki, *Sociologie politique* (Dalloz & Presses de Sciences po, 2002).

CHRISTINE MAUGÜÉ, maître des requêtes au Conseil d'État et professeur associé à l'université Paris II.

FERDINAND MÉLIN-SOUCRAMANIEN, professeur de droit public à l'université Bordeaux IV Montesquieu où il enseigne le droit constitutionnel.

JACQUES MEUNIER, professeur de droit public à l'université de Rouen, membre du Centre d'étude des systèmes juridiques. Il a publié notamment *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique* (Bruylant-LGDJ, 1994).

NICOLAS MOLFESSIS, professeur à l'université Paris II (Panthéon-Assas).

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL : ÉTAT DES LIEUX

LA TOPOGRAPHIE INSTITUTIONNELLE RECÈLE parfois quelque surprise. Elle peut prêter à des rapprochements inattendus. L'on me demanda l'autre jour : « Mais où se trouve le Conseil constitutionnel ? » Je répondis simplement : « Au 2 de la rue de Montpensier, dans le premier arrondissement. » Je crus bon d'ajouter, dans un souci de précision : « Juste à côté du Théâtre-Français. »

5

La proximité des lieux ne me parut pas incongrue. Certes, le procès constitutionnel n'est pas une comédie. Il ne doit pas tourner à la tragédie. Mais, à l'instar des pièces du répertoire, il se déroule en cinq actes : la présentation de l'intrigue – ou plutôt du litige –, son développement – que prétend dire la loi, que prescrit la Constitution, comment accorder leurs dispositions ? – et son dénouement.

Plus important encore. Le meilleur des Molières n'est rien sans la qualité du jeu des sociétaires. De même, le règlement de la plus belle controverse constitutionnelle est dénué d'intérêt s'il n'est pas assuré par des interprètes de talent.

Un spectacle réussi, a-t-on coutume de dire, repose sur un bon sujet et sur de bons acteurs. Et s'il en allait de même pour l'œuvre de justice constitutionnelle ?

LE LITIGE CONSTITUTIONNEL

Premier acte. Le Conseil constitutionnel est saisi d'un litige. Pas plus qu'un autre juge, il ne s'en saisit d'office.

L'article 61, alinéa 2, de la Constitution est important par ce qu'il permet. Il l'est aussi par ce qu'il interdit.

Il y a la version positive. La Constitution organise le droit de sai-

sine. Celle-ci, chacun le sait, est restreinte. Des autorités attirées – quatre, en tout : les plus hautes de l'État – peuvent s'adresser au Conseil. Depuis bientôt trente ans, cette faculté revient aussi aux parlementaires, pourvu que soixante députés ou le même nombre de sénateurs en prennent l'initiative.

Il y a aussi la version négative. Seul ou avec d'autres, le citoyen ne saurait susciter un litige constitutionnel. Les groupes économiques, sociaux ou culturels n'ont pas non plus voix au chapitre. Nul recours n'est, de manière directe ou indirecte, institué à leur profit.

La saisine reste dans l'orbite des pouvoirs publics – en tout cas, dans celle de leurs branches exécutive et législative, puisque les autorités juridictionnelles ne sont pas associées au déclenchement du procès.

6 Le système a le mérite de la simplicité. Celui aussi de la logique. L'institution est conçue, au départ, pour réguler, selon la formule consacrée, l'activité des pouvoirs, en particulier, celle des assemblées. Elle se donne, ensuite, pour objectif de contenir dans les limites qu'impose la Constitution des majorités politiques trop entreprenantes. Le citoyen ne saurait s'immiscer de manière indue dans ce litige et modifier, fût-ce par méprise, les équilibres institutionnels établis.

Une saisine aussi simplifiée pose néanmoins problème. À une époque où le « droit à un juge », et même à plusieurs, fait figure de valeur juridique universelle, il est malaisé de justifier un régime de totale exclusion du citoyen.

Celui-ci a pris l'habitude de se plaindre auprès du juge répressif, d'agir auprès du juge civil ou commercial, d'introduire un recours pour excès de pouvoir auprès du juge administratif. Peut-être même a-t-il pris le chemin du Conseil constitutionnel pour lui soumettre un dossier électoral ? Il se voit pourtant fermer la porte du prétoire, dès lors que le Conseil statue sur la conformité de la loi à la Constitution.

La Constitution n'appartient à personne, et certainement pas aux pouvoirs constitués. Ou, si l'on préfère, la Constitution appartient à tous. Au nom de quoi le citoyen – qui, sans verser dans le travers populiste, apparaît, en démocratie, comme le premier des hommes politiques – se voit-il refuser le droit de prendre le parti, voire la défense, de l'ordre constitutionnel ?

Sans doute lui expliquera-t-on avec un brin de condescendance, mais aussi textes et documents préparatoires à l'appui, que la justice constitutionnelle n'est pas comme les autres et que la composition du Conseil constitutionnel comme ses méthodes de travail se prêtent mal à un régime procédural qui associe le citoyen à l'œuvre de justice.

Ces explications embarrassées risquent d'accroître encore son désarroi. Le juge constitutionnel n'a-t-il pas pour mission éminente de défendre les droits fondamentaux, ceux de l'homme et ceux du citoyen ? Doubter du juge constitutionnel revient, dans la perspective que trace l'article 16 de la Déclaration de 1789, à contester l'utilité de la Constitution et celle des textes qui s'y sont agrégés.

Deuxième acte. Une loi vient d'achever le parcours parlementaire que lui assignent la Constitution et les règlements d'assemblée. Reste à la promulguer. C'est l'œuvre du président de la République, agissant avec le contreseing du Premier ministre ou du ministre responsable. Il ne s'agit pas là, on le devine, de simples formalités.

Le moment d'une ultime réflexion politique est ménagé. Le président peut demander « une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles¹ ». Il agira notamment de la sorte pour substituer de nouvelles dispositions législatives à celles que le Conseil constitutionnel vient de censurer².

Il peut aussi être indiqué de procéder à un dernier examen de validité juridique. Il est vrai que jadis le Conseil d'État a eu l'occasion de connaître du texte en projet. Mais ses observations n'ont peut-être pas été suivies d'effet. D'autres difficultés ont pu se révéler en cours de route. L'œuvre législative accomplie, il est utile de se livrer, notamment à la lumière des débats parlementaires, à une nouvelle analyse. S'il échet, il y a lieu de dénoncer, et de faire censurer à ce moment l'excès de pouvoir constitutionnel.

C'est ici que s'affiche l'originalité du contrôle de constitutionnalité des lois à la française : celle d'une vérification *a priori* et non *a posteriori*.

La différence ne doit pas être exacerbée. Elle mérite d'être ramenée à de justes proportions. L'élaboration de la loi est achevée. Une signature doit parfaire l'œuvre législative. La loi produira bientôt ses effets. Quelques jours à peine séparent le contrôle qui s'exerce *a priori* de celui qui s'ouvre, ailleurs, dès que la loi a été publiée.

Deux traits particuliers subsistent, néanmoins. Ils sont essentiels.

D'une part, la loi votée mais non encore promulguée n'a pas été mise en œuvre. Elle n'a pas fait l'objet de mesures d'exécution. La pratique n'a pas encore permis d'entrevoir des difficultés concrètes. Le conten-

1. Const., article 10, al. 2.

2. 85-197 DC, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie*, RJC, p. 238.

tieux qui se noue est objectif, au sens plein du terme. Le procès est fait à la loi, en tant qu'acte législatif à l'état pur. Le procès, c'est à son avantage, ne s'embarrasse pas des mille et une difficultés que suscite l'examen du dossier constitutionnel lorsqu'il réunit la loi contestée et les mesures générales ou individuelles auxquelles elle a pu donner naissance entre-temps. Où gît, dans ce cas, l'inconstitutionnalité ? Est-ce dans l'acte initial, dans les mesures secondaires ou dans l'ensemble indifférencié qu'ils composent ?

D'autre part, la loi votée et promulguée ne peut plus être contestée. Le terminus, comme on dit dans le langage processuel, vaut pour *l'a quo* mais surtout pour *l'ad quem*. Sous réserve du contrôle indirect qui, par ricochet, peut atteindre la loi promulguée³, le texte publié au *Journal officiel* échappe à contestation. Il bénéficie d'une présomption irréfragable de constitutionnalité.

8

Le procès, c'est aussi à son avantage, s'inscrit, en termes précis, dans le temps. Dans le mois⁴ – quelle différence avec les procédures constitutionnelles mises en œuvre dans les États voisins où le contentieux se poursuit à l'infini, sans trêve, ni merci.

Pour ne prendre qu'un exemple, la Cour d'arbitrage, saisie d'une question préjudicielle, s'est interrogée, après deux siècles, sur la constitutionnalité des articles organiques du concordat du 26 messidor an IX. Elle a agi de même à propos du code civil de 1804. Y a-t-il un sens, cependant, à reprocher à l'empereur, voire au pape, d'avoir ignoré la Constitution d'un petit royaume qui n'existait pas encore ?

Troisième acte. C'est ici que la Constitution entre en scène. Le doyen Vedel a utilisé à son propos des formules qui sont inscrites dans la mémoire collective des juristes. La Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution, voilà la norme de référence.

On ne saurait mieux dire. Il faut se méfier des digressions sur la supraconstitutionnalité, la paraconstitutionnalité, la constitutionnalité à divers paliers ou encore la constitutionnalité à géométrie variable. Ces jeux de l'esprit peuvent amuser les participants à un séminaire de droit constitutionnel. Ils ne servent pas la cause de la sécurité juridique, encore moins celle de la sécurité dans le développement de l'œuvre de

3. 5-186 DC, 25-1-1985, *Rec.*, p. 13.

4. Const., article 61, al. 3.

justice. Quel requérant acceptera de s'adresser à un juge au nom d'une règle dont les contours sont aussi mal établis ou prêtent à l'infini à discussion ? Quel juge acceptera de statuer dans de telles conditions ?

La question que soulève la norme de référence est autre. Elle ne se pose pas en termes de droit positif. Elle s'inscrit dans la perspective d'une révision des textes en vigueur. Telle qu'elle est rédigée aujourd'hui, la Constitution est-elle un outil performant d'analyse juridique ? Des amendements sur un point ou sur un autre ne permettraient-ils pas au Conseil d'exercer ses responsabilités de manière plus effective ?

Ce n'est pas manquer de respect au doyen Vedel – qui, de l'intérieur comme de l'extérieur, et jusque dans les derniers jours, a contribué à asseoir l'autorité du Conseil constitutionnel – que de s'interroger un instant sur l'actualité de la maxime posée.

« La Constitution »... Oui, sans doute. Mais les contours que le juge et la doctrine contribuent à dessiner sont-ils précis à suffisance ? Des controverses comme celle qui se développe autour des « principes reconnus par les lois de la République » n'entourent-elles pas le texte fondateur de la V^e République d'un halo de mystère qu'une révision constitutionnelle, respectueuse des symboles mais attentive aussi à la certitude des normes, contribuerait à dissiper ?

« Toute la Constitution »... Oui, sans doute. Mais, malgré les allusions que lui apportent la Déclaration et le Préambule, la Constitution a-t-elle un contenu suffisamment riche ? Ne laisse-t-elle pas en jachère des terrains qui font normalement l'objet d'une régulation constitutionnelle ? Ne gagnerait-elle pas à s'étoffer, notamment au chapitre des droits fondamentaux ? Pour ne prendre qu'un exemple, la Charte de Nice a retenu, au nombre des principes et valeurs qu'elle entendait consacrer au sein de l'Union européenne, le droit à une bonne administration. Une disposition de la Constitution ne mériterait-elle pas de lui faire écho ?

« Rien que la Constitution »... Oui, sans doute. Mais d'autres normes juridiques ne mériteraient-elles pas de s'inscrire demain parmi les préoccupations du Conseil constitutionnel ? Eu égard aux développements que connaît le droit de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe, la Constitution peut sembler en décalage avec un univers institutionnel en perpétuelle expansion.

Le moment est venu de se demander, une nouvelle fois, si le juge constitutionnel ne doit pas, à l'instar d'autres juges, se saisir du droit communautaire et du droit conventionnel européen pour remplir les

tâches qui lui reviennent. Dans l'idéal, cette réflexion se poursuivra dans trois directions.

Le Conseil vérifie déjà si les traités internationaux, en ce compris les traités fondateurs de l'Union et de la Communauté, s'inscrivent bien dans le dessein constitutionnel⁵, s'ils ne contiennent pas « une clause directement contraire à des principes ou règles de valeur constitutionnelle » ou s'ils ne portent pas atteinte, de manière plus diffuse, « aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (Bruno Genevois)⁶.

Ces opérations de contrôle peuvent conduire, comme à propos de Maastricht, à une révision constitutionnelle intermédiaire. Elles peuvent aussi provoquer, comme dans le domaine des langues régionales, un abandon de la procédure de ratification.

10 Le Conseil pourrait aussi, comme le lui a suggéré M. Pierre Mazeaud, se demander si les normes communautaires, dites de droit dérivé, se situent dans la même perspective. Pourquoi ne pas permettre, par exemple, aux autorités visées à l'article 61 d'utiliser leur droit de saisine à l'encontre d'un projet ou d'une proposition d'acte européen ? Pourquoi ne pas habiliter les juges à poser une question préjudicielle au Conseil s'ils estiment qu'un acte de droit dérivé contient une disposition contraire à la Constitution ?

Autre vérification encore. Le Conseil pourrait se demander si les lois de la République qui sont en instance de promulgation s'accordent aux prescriptions du droit international et européen. L'on souscrit ici aux idées exprimées par le président Luchaire dans les *Mélanges Waline*⁷. Il est des normes supralégales qui, sans être constitutionnelles, s'imposent au pouvoir législatif et peuvent justifier l'intervention du Conseil.

Si le juge constitutionnel devait, à l'avenir et moyennant les révisions constitutionnelles requises, se positionner de la sorte, il serait en mesure de remplir pleinement sa mission de juge-carrefour.

Statuant au regard de la Constitution et des normes qui sont entrées à bon escient dans l'ordre juridique national, il indiquerait aux uns et aux autres – c'est-à-dire aux autorités communautaires, aux autorités exécutives qui se sont liées par traité et aux autorités législatives – quelle est, en chaque circonstance, la voie à suivre et quelle est la norme à

5. Const., article 54.

6. 92-308, 312 et 313 DC.

7. « Le Conseil constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen », *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 563.

observer. Il permettrait aussi au citoyen de se situer plus exactement dans un univers institutionnel à composantes multiples.

Quatrième acte. La question de la « conformité » de la loi à la Constitution⁸ est, cela va sans dire, au cœur du litige constitutionnel. Elle revient à confronter le contenu de règles juridiques de niveau différent.

Le Conseil constitutionnel peut être amené à établir un rapport de cohérence entre ces deux normes. Il peut aussi dresser un constat d'incohérence et prononcer la censure de la loi incriminée.

La démarche intellectuelle n'est pas mécaniciste. La norme de référence n'est pas figée. Ni dans le texte qui fait foi, ni même dans l'esprit des pères fondateurs. Plusieurs lectures sont concevables. Même si elle est de confection récente, la norme contrôlée peut être appréhendée de divers points de vue.

La déontologie de l'interprète – car comment juger sans interpréter ? – ne revient pas à considérer que toute interprétation de la Constitution et de la loi est défendable et qu'il suffit à quelque bonimenteur de plaider dans un sens déterminé pour harmoniser leurs dispositions. Elle conduit, avec la modestie que ce travail de recherche impose, à découvrir le sens que le texte, fût-il ancien, de la Constitution peut aujourd'hui recevoir et à vérifier si les intentions du législateur, et surtout les textes qu'il a conçus, s'accordent avec ses dispositions.

Dans cet esprit, l'on tend aussi à considérer qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de s'interroger sur la conformité de la Constitution à la Constitution, même si, en l'occurrence, seul un contrôle minimal, celui du respect des procédures et des formes de révision, devait s'exercer.

Cinquième acte, le dénouement. La loi est déclarée inconstitutionnelle. Ce barrage en amont est efficace. Le traité dont l'inconstitutionnalité a été constatée ne peut être approuvé sans révision préalable de la Constitution. La loi ne peut être promulguée en l'état.

Il y a, certes, des nuances et des réserves dans la formulation des décisions. Certaines s'expriment sur le ton de la consigne, voire de l'injonction, d'autres sur celui de la directive. Mais l'essentiel est ailleurs. Un phénomène de myopie collective ne peut jamais être exclu. La complicité des acteurs du jeu politique, non plus. Ces hypothèses

8. Const., article 61, al. 1^{er}.

mises à part, aucune loi ne pénètre en fraude dans le domaine juridique. La sécurité, pierre angulaire de l'État de droit, est garantie. La confiance du citoyen dans les institutions publiques, dans leurs autorités et dans leurs actes, est, par la même occasion, préservée.

C'est un avantage incontestable. C'est le moment de rappeler aux réformateurs ce qu'enseigne la sagesse populaire. L'on ne peut vouloir une chose et son contraire. Ni cumuler les avantages d'un système et ceux du système opposé. En droit constitutionnel, il n'en va pas comme dans les sciences exactes. La somme d'éléments positifs peut équivaloir à zéro.

Le contrôle *a priori* présente un avantage incontesté. Il clôt le débat, en tout cas sur le terrain du droit. La loi inconstitutionnelle ne pénètre d'aucune manière dans l'ordre juridique. S'il faut doubler ce contrôle de vérifications *a posteriori*, par exemple par le biais de questions préjudicielles, le débat va se rouvrir à l'improviste, la norme inconstitutionnelle a pénétré dans un système de droit qu'elle a infecté, l'insécurité juridique est entretenue.

Pour éviter de tels inconvénients, il y a lieu, semble-t-il, de ne recourir au mécanisme de la question préjudicielle qu'en lui assignant des limites précises dans le temps.

L'INTERPRÉTATION CONSTITUTIONNELLE

Le Conseil constitutionnel rend la justice. Il dit « le droit... au nom de l'État » (Marcel Waline). Ses décisions sont revêtues de « l'autorité absolue de chose jugée » (Jean Rivero). À ce titre, elles s'imposent à l'État, aux pouvoirs publics, « à toutes les autorités administratives et judiciaires⁹ », mais aussi – pourquoi les oublier ? – aux hommes et aux femmes qui composent la société française.

Ce faisant, le Conseil inscrit son action au cœur de l'État. Il exerce une fonction d'intégration politique et juridique. Il contribue à conférer au système constitutionnel sa logique et sa cohérence interne.

Des interprètes de talent, animés du sens de l'État – dans toutes ses dimensions –, conscients de leur fonction politique, dans le bon sens du terme, et avertis des données proprement juridiques du litige constitutionnel, se sont inscrits, en moins d'un demi-siècle, dans cette philosophie institutionnelle.

9. Const., article 62, al. 2.

Point n'est besoin de se prononcer, et à quel titre ?, sur leurs mérites respectifs. L'œuvre est collective. L'arbre se juge à ses fruits.

Le Conseil constitutionnel s'est vu assigner des tâches limitées. Comme ses homologues européens, il est juge d'attribution. Il commettrait quelque imprudence à revendiquer une compétence de droit commun en matière constitutionnelle.

Il n'est pas excessif de considérer que le Conseil a utilisé ces compétences particulières à bon escient. De manière timide, à l'origine, comme pour se faire accepter dans un univers qui n'était pas préparé à la censure des lois. De façon plus nette, et parfois plus résolue, par la suite, lorsque des libertés publiques étaient en jeu, comme pour rappeler à chacun les limites à ne pas dépasser.

Le Conseil aurait pu se livrer à un travail d'interprétation mécanique qui l'aurait conduit à confronter les dispositions législatives contestées aux prescriptions de la Constitution, à rendre des décisions en noir et blanc et à donner systématiquement tort au gouvernement et à la majorité qui le soutient.

13

Il n'est pas tombé dans ce travers. Il a pris de la hauteur par rapport au débat politique du moment. Dans le même temps, il a procédé à des analyses plus fines de constitutionnalité.

Il ne s'est pas contenté de regarder la Constitution comme un arbre mort auquel il convenait dans un État de droit de marquer quelque révérence formelle. Il l'a transformée en un corps vivant dont chacun sait qu'il s'est construit d'apports diversifiés, qu'il n'est pas exempt de contradictions, qu'il est appelé à connaître d'autres développements mais qui doit, dans le présent, servir de règle de référence pour tous.

L'unité de l'État repose sur la Constitution. Elle s'accompagne de l'unité d'interprétation constitutionnelle. C'est en ce sens que, dans leur diversité sinon dans leur hétérogénéité, les décisions du Conseil constitutionnel ont pu contribuer au bon aménagement de la V^e République. Organisation des pouvoirs, protection des droits de l'homme et, dans certains cas, sauvegarde des droits du citoyen... Autant de thèmes majeurs dans une jurisprudence connue qui s'exprime tout à la fois de manière nuancée et audacieuse, qui préserve la continuité et ouvre à de nouvelles perspectives. Sans oublier l'apport d'autres contentieux, comme ceux qui sont liés au développement des élections législatives ou des scrutins référendaires.

De manière globale, la situation est satisfaisante et même encourageante. À l'expérience, des retouches pourraient néanmoins s'imposer.

La question des rapports entre pouvoirs publics était omniprésente, à l'origine. Depuis lors, elle s'est quelque peu estompée. Ou plutôt elle s'est déplacée. Le Conseil constitutionnel se préoccupe moins de rationaliser l'activité parlementaire que de situer les interventions du juge au sein du système constitutionnel.

La séparation des pouvoirs n'affecte pas que l'exécutif et le législatif. Un pouvoir juridictionnel indépendant et responsable doit être protégé dans l'exercice de ses tâches¹⁰. C'est la meilleure garantie des droits du justiciable.

14 *Les droits de l'homme sont au cœur du procès constitutionnel.* Le Conseil a contribué à mettre à jour, à définir et à préciser nombre d'entre eux. Mais cette démarche heuristique et herméneutique ne pouvait suffire. Il fallait encore que le gardien des droits fondamentaux cherche à instaurer des conciliations, voire à établir des priorités, entre des principes également respectables.

En ce domaine, l'œuvre du Conseil s'expose à des concurrences. Comment ne pas redire ici que la multiplicité des catalogues et celle des juridictions ne contribuent pas à servir la cause des droits fondamentaux ? Une codification à droit constant pourrait s'imposer en ce domaine. Une progression dans les interventions jurisprudentielles devrait aussi être instaurée. Elle s'inspirerait utilement du principe de subsidiarité.

La coexistence d'un contrôle de constitutionnalité des lois, exercé en monopole par le Conseil, et d'un contrôle de conventionnalité des mêmes normes, assumé de manière diffuse, par l'ensemble des juridictions, sans oublier les décisions des juges européens et internationaux crée le désordre, favorise les manœuvres et n'empêche pas les divergences d'interprétation.

Les droits du citoyen ne préoccupent pas outre mesure les juridictions constitutionnelles. Elles peuvent avoir l'impression d'être ici à la lisière du pouvoir politique. Elles peuvent aussi se réfugier dans leurs tâches de juge électoral.

Lorsqu'elles doivent se prononcer sur la constitutionnalité des lois qui organisent les différents scrutins, elles ne peuvent, cependant, déclarer forfait. C'est l'occasion notamment pour le Conseil constitutionnel

10. 80-119 DC, *Validation d'actes administratifs*, RJC, p. 83.

de rappeler que « la qualité de citoyen » ouvre aux droits de vote et d'éligibilité réunis. Ces droits méritent d'être reconnus « dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu »¹¹.

Le contentieux des élections législatives appelle des réformes structurelles. Le citoyen, le candidat, l'élu peuvent éprouver quelque peine à se mouvoir dans le « labyrinthe » (Richard Ghévantian) que le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, sans même évoquer les interventions d'autres juges, y compris au niveau européen, ont créé pour les contentieux préélectoral et postélectoral.

Quel nouveau Dédale contribuera à mieux définir « la mission de contrôle » qu'institue l'article 59 de la Constitution ?

15

Le contentieux des opérations référendaires, que prescrit l'article 60 de la Constitution, appelle des observations du même ordre.

Le Conseil connaît des réclamations qui lui sont adressées pour autant qu'elles portent sur l'organisation des opérations référendaires et sur le déroulement du scrutin. Il peut contrôler aussi certains actes préparatoires au référendum. Il tranche définitivement ces contestations.

Le contrôle est incohérent et, au surplus, inefficace, observent de manière laconique Louis Favoreu et Loïc Philip. Marthe Fatin-Rouge Stefanini ajoute qu'il est important d'« améliorer l'encadrement du recours au référendum ». Sur ce terrain aussi, des réformes constitutionnelles seraient bienvenues.

« Le Conseil constitutionnel se trouve à côté du Théâtre-Français. » J'aurais pu ajouter : « à deux pas du Louvre ». Mais cela m'eût conduit à pénétrer sous la pyramide de Pei pour rapprocher des collections de peinture et des recueils de décisions.

Me rappelant mes fonctions consultatives, j'aurais pu aussi préciser : « Dans une aile du Palais-Royal, à proximité de l'autre Conseil et des jardins de Colette. » Au risque d'égarer mon interlocuteur parmi les colonnes de Buren ou les mobiles de Bury.

11. 82-146 DC, *Quotas par sexe*, RJC, p. 134.

Il valait mieux procéder à un état des lieux... Et s'il s'agissait en vérité, et sans jeu de mots facile, de faire l'inventaire des lieux de l'État, en tout cas de l'un de ces endroits magiques où la République vit pleinement ses fonctions de justice ?

Hasard ou nécessité ? Peu importe. Le Conseil constitutionnel s'est construit autant que la Constitution l'a mis en place. Il s'est affirmé chemin faisant. Il s'est fait accepter bon gré mal gré par les autres institutions, y compris celles de justice.

La légitimité du Conseil n'est pas acquise. À supposer qu'elle le fût, elle ne l'est pas indéfiniment. Il reste des résistances. Il y a des interférences. Des concurrences se précisent, spécialement dans la société internationale.

16 L'œuvre accomplie laisse bien augurer de l'avenir. Mais c'est à la condition que le Conseil puisse inscrire ses fonctions de cohérence institutionnelle dans les cadres plus larges que lui trace la coopération internationale, y compris dans sa version intégrée.

Le Conseil constitutionnel, un produit réussi de la République, la cinquième du nom ? Oui, sans doute. Mais surtout, la République, un produit réussi du Conseil constitutionnel.

L'un ne va plus sans l'autre. L'autre sans l'un.

R É S U M É

Le Conseil constitutionnel est un produit réussi de la Constitution de la V^e République. Mais la Constitution française est elle-même le produit des décisions du Conseil constitutionnel. L'unité de l'État repose sur la Constitution et sur le principe d'unité dans l'interprétation constitutionnelle. Des interrogations subsistent : l'expression du droit de saisine, le contrôle du droit de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, la réforme du contentieux électoral.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL EN FAIT-IL TROP ?

QUI N'A JAMAIS ÉTÉ ATTRISTÉ, AGACÉ, voire irrité par une décision rendue par le Conseil constitutionnel ? Pourtant, comment peut-il en être autrement dans la mesure où le contrôle préventif de constitutionnalité des lois votées intervient sur des sujets qui divisent l'opinion publique (la bioéthique, l'interruption volontaire de grossesse, le statut de la Corse, les libertés fondamentales) ? Et, au fond, comment le Conseil pourrait-il dégager une interprétation consensuelle de la Constitution tandis que ses normes de référence demeurent composées de textes souvent évasifs, anciens (la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946) et parfois inadaptés aux questions contemporaines, comme le démontre avec évidence la décision relative au PACS¹ ?

17

Parmi les contestations – naturelles et inévitables – que la jurisprudence constitutionnelle suscite, le constitutionnaliste a bien du mal à isoler les critiques « purement » juridiques déduites de l'observation et de l'évaluation par la science du droit constitutionnel des interprétations jurisprudentielles données dans le cadre de la procédure de l'article 61 de la Constitution. En effet, les juristes ne masquent-ils pas dans leurs commentaires des décisions du Conseil constitutionnel une part d'idéologie ?

Voilà pourquoi il apparaît indispensable de revenir à l'énoncé de l'article 61² de la Constitution comme point de départ à toute réflexion

1. CC, 99-419 DC, 9-11-1999, *Rec.*, p. 116.

2. « Art. 61. – Les lois organiques, avant leur promulgation, 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 déferées au Conseil constitutionnel, avant leur pro-

juridique sur le pouvoir du Conseil constitutionnel. L'objectif sera ici de se demander si, dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité des lois votées, le Conseil n'interprète pas ses compétences dans un sens différent de celui de l'article 61. Ainsi, répondre en juriste à la question « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? » revient finalement à se demander si la jurisprudence constitutionnelle reste fidèle à la lettre et à l'esprit de l'article 61 de la Constitution.

18 Mais un tel projet n'est-il pas irrémédiablement voué à l'échec dans la mesure où, comme l'objectent les adeptes des théories « réalistes » de l'interprétation³, l'article 61 de la Constitution ne posséderait pas de signification objective ou plutôt n'aurait que la signification que veut bien lui attribuer son interprète authentique, à savoir le Conseil constitutionnel ? Par conséquent, il deviendrait inutile d'évaluer l'interprétation jurisprudentielle de l'article 61 puisque la signification de cette disposition constitutionnelle correspond nécessairement à ce que veut lui faire dire le Conseil.

Cette objection ne peut être écartée que si l'on retient le postulat suivant : il faut admettre que la Constitution de 1958 énonce sans ambiguïté le cadre général de la mission du Conseil constitutionnel. À moins de considérer qu'une Constitution n'a aucune portée normative (dans ce cas il serait paradoxal de constater qu'un contrat, situé en bas de la hiérarchie des normes, impose plus d'obligations juridiques qu'une Constitution, censée chapeauter cette même hiérarchie), la sécurité juridique permet de supposer que la norme constitutionnelle confère aux pouvoirs publics des compétences minimales dont la signification est clairement établie. C'est le cas du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois votées : sur ce point, la lecture du texte constitutionnel (utilement complété par l'ordonnance organique 58-1067 du 7 novembre 1958) indique que, lorsqu'il est saisi, le Conseil est chargé de vérifier préventivement la constitutionnalité des lois votées avant leur promulgation. Plus précisément, l'intervention du contrôle

mulgation, 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.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation. »

3. Cf. notamment Michel Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31.

juridictionnel de constitutionnalité est intégrée à la procédure législative. Situé entre le vote et la promulgation de la loi, le contrôle de constitutionnalité atteste, par ce que l'on peut appeler la *sanction constitutionnelle*⁴, qu'un texte voté en forme législative respecte bien la Constitution et peut entrer en vigueur dans l'ordonnement juridique.

De ce postulat, il résulte que l'étude de l'évaluation de la jurisprudence constitutionnelle implique de ne pas considérer que le discours du Conseil est nécessairement toujours fidèle ou compatible avec les prescriptions constitutionnelles. Certes, dans de nombreuses situations, le Conseil constitutionnel doit compléter l'article 61 afin d'accomplir sa mission. Par exemple, la supériorité normative de la Constitution sur les lois votées n'est inscrite nulle part dans le texte du 4 octobre 1958. Et pourtant, cette supériorité se déduit logiquement de l'article 61 : comment exiger un contrôle de conformité entre la loi votée et la Constitution s'il n'existe pas de hiérarchie entre les deux normes ? Le Conseil constitutionnel a donc dans l'esprit du contrôle de constitutionnalité étendue la portée de l'article 61. Néanmoins, il est des hypothèses dans lesquelles le Conseil interprète ses compétences dans un sens contraire à ce que prescrit l'article 61 de la Constitution. Au regard du droit, le Conseil constitutionnel en fait alors « trop ».

19

Deux types de jurisprudences peuvent ici se distinguer. Dans un premier cas, la jurisprudence constitutionnelle excède les compétences d'attribution prévues par l'article 61 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel commet alors un « excès de pouvoir constitutionnel ». Dans le second cas, la jurisprudence constitutionnelle refuse d'exercer pleinement le contrôle de constitutionnalité d'une loi votée. Il s'agit ici d'une sorte de « déni de justice constitutionnelle » qui révèle que parfois le Conseil constitutionnel en fait trop car il n'en fait pas assez !

LES JURISPRUDENCES CONSTITUANT UN « EXCÈS DE POUVOIR CONSTITUTIONNEL »

Le retour à la signification littérale de l'article 61 de la Constitution rend juridiquement contestables certaines jurisprudences qui excèdent largement les compétences du Conseil en matière de contrôle de constitutionnalité. Deux exemples seront ici mentionnés : la jurisprudence

4. On se permet de renvoyer à Philippe Blachère, *Contrôle de constitutionnalité et Volonté générale*, PUF, 2001, p. 151 sq.

État d'urgence en Nouvelle-Calédonie et les jurisprudences assorties de réserves d'interprétation qui étendent le champ d'application de l'article 61 en faisant du Conseil un contrôleur de l'application de la loi.

La jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie

20 Par la décision *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*⁵, le Conseil constitutionnel s'autorise à contrôler une loi promulguée à l'occasion de l'examen d'une loi votée qui la complète, l'abroge ou la modifie. Quels que soient les motifs invoqués à l'appui de la position de principe (et notamment la fameuse distinction entre les lois qui ne sont que la simple application d'une loi antérieure et pour lesquelles le contrôle reste impossible et les lois qui modifient, affectent ou complètent une loi antérieure), cette jurisprudence conduit le Conseil constitutionnel à excéder ses compétences constitutionnelles. Chargé par l'article 61 de « se prononcer sur la conformité à la Constitution » d'une loi votée « avant sa promulgation », le Conseil ne trouve aucun fondement constitutionnel l'autorisant à contrôler une loi qui produit des effets dans l'ordonnement juridique.

D'ailleurs, cette jurisprudence à bien des égards méconnaît l'un des principes fondamentaux du modèle français de justice constitutionnelle : l'obligation de saisir le Conseil aux fins de vérifier la constitutionnalité des textes de lois votées. S'il est effectivement impossible aux requérants de contester la constitutionnalité d'une loi promulguée, on voit mal – en dehors de l'autosaisine – quel mécanisme autorise le déclenchement de l'examen juridictionnel de telles lois. À moins de présumer que le fait pour le législateur de compléter, modifier ou réformer une loi antérieure doit être interprété comme ouvrant la possibilité de contrôler la qualité constitutionnelle des dispositions promulguées...

Mais surtout, cette jurisprudence introduit une différence de traitement peu logique entre le régime des lois promulguées affectées par des modifications législatives postérieures et le régime des lois promulguées non affectées par des modifications législatives postérieures. Si les premières sont désormais susceptibles de voir leur conformité à la Constitution examinée, les secondes restent incontrôlables...

Il reste que les conséquences de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* sont, pour l'heure, bien incertaines et tendent à fragiliser l'autorité des déclarations d'inconstitutionnalité comme le

5. CC 85-187 DC, 25-1-1985, *Rec.*, p. 43.

démontre la décision *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie* du 15 mars 1999⁶, première application intégrale de la jurisprudence *État d'urgence*. À l'occasion de l'examen d'un texte complétant la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, le Conseil déclare non conformes à la Constitution certaines dispositions de la loi promulguée. Outre que cette censure constitutionnelle concerne une loi déjà examinée en 1985 par le Conseil (ce qui soulève la question de la fiabilité du contrôle préventif), les suites de la déclaration d'inconstitutionnalité apparaissent juridiquement limitées. Ainsi aucune norme constitutionnelle n'oblige le législateur à corriger le dispositif censuré ni n'invite le juge ordinaire à écarter l'application de la loi de 1985 aux procédures de redressement judiciaire en cours. L'article 62 de la Constitution – seule disposition invocable à l'appui de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel – mérite ici d'être mentionné, car il n'impose le respect par les pouvoirs publics et les autorités administratives et judiciaires que des seules déclarations d'inconstitutionnalité d'une disposition non encore promulguée : « Art. 62 : Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. » Par conséquent, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition promulguée reste sans effet immédiat sur l'abrogation de cette disposition et la continuité de son application.

21

Les jurisprudences assorties de réserves d'interprétation

La référence aux réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle est désormais habituelle. L'objectif des réserves consiste à « sauver⁷ » la constitutionnalité d'une disposition législative en déclarant celle-ci conforme à la Constitution à la condition que son application respecte les interprétations énoncées par le Conseil constitutionnel⁸.

6. CC 99-410 DC, *Rec.*, p. 51.

7. Alexandre Viala, *Les Réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p. 45.

8. L'emploi de cette technique souligne au passage toute la distance qui sépare « le contentieux constitutionnel » de la procédure juridictionnelle classique. Si la réserve d'interprétation aboutit au rejet de la demande des requérants (la disposition législative n'est pas censurée), elle n'en constitue pas moins une lecture constructive du texte rédigé par le législateur (la loi votée n'a plus la même signification après son passage devant le Conseil). Cet apport ne peut se comprendre et se justifier que par le caractère « d'ordre public » du contrôle qui s'exerce objectivement dans l'intérêt de la défense de la Constitution (cf. Guillaume Drago, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », *Mélanges Roland Drago*, Economica, 1996, p. 9).

Si cette forme de « rédaction de décision⁹ » constitutionnelle puise ses origines dans le contentieux constitutionnel étranger¹⁰, aucune norme constitutionnelle française n'en prévoit l'existence. L'ordonnance organique du 7 novembre 1958 portant loi organique relative au Conseil constitutionnel ne mentionne que deux formes de décisions : la déclaration de conformité à la Constitution ou la déclaration de non-conformité. Ces deux types de décisions emportent certaines conséquences juridiques précises. La déclaration de conformité « met fin à la suspension du délai de promulgation » (art. 21 de l'ordonnance). La déclaration de non-conformité interdit la promulgation de la disposition censurée que celle-ci soit « inséparable » (art. 22 ord.) ou « séparable » (art. 23 ord.) de l'ensemble de la loi.

22 En échappant à l'alternative conformité/non-conformité, les décisions assorties de réserves d'interprétation emportent des conséquences non « codifiées » par les textes organisant le contrôle de constitutionnalité. Ce qui soulève, au-delà de la légitimité de leur usage, le problème de l'autorité juridique des interprétations « directives », « constructives » et « neutralisantes »¹¹. Qui est juge de l'application de la jurisprudence constitutionnelle assortie de réserves ? Quelles sanctions risquent les autorités administratives et les juridictions ordinaires qui s'écarteraient de l'interprétation « sous réserve » ? L'exemple de l'absence d'effet donnée aux réserves de la décision relative au PACS indique bien que la prise en compte des réserves au moment de l'application de la loi repose entièrement sur la bonne volonté des autorités judiciaires et administratives. Ainsi deux décrets du 21 décembre 1999 – l'un (décret 99-1089) pris pour application des articles 515.3 et 515.7 du code civil, l'autre (décret 99-1090) pris pour le traitement automatisé des registres des PACS – ignorent totalement les réserves précises énoncées dans la décision du 9 novembre 1999 sur l'objet de ces deux textes.

Même si la doctrine la plus autorisée trouve de solides justifications à l'emploi de la technique des réserves et démontre l'existence d'une réception de la jurisprudence constitutionnelle par l'administration et les

9. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 236.

10. Thierry Di Manno, *Le Juge constitutionnel et la Technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica, PUAM, 1997.

11. C'est ainsi que la doctrine qualifie les réserves à la suite de la classification proposée par Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat-Monchrestien, 2001, p. 151.

juridictions ordinaires¹², cette forme de rédaction des décisions constitutionnelles n'en est pas moins contraire à l'esprit du contrôle préventif de constitutionnalité. Émettre des « réserves », n'est-ce pas soulever un doute sur la qualité constitutionnelle d'un texte ? Autoriser la promulgation d'une disposition potentiellement contraire à la Constitution, n'est-ce pas laisser passer une loi pour des raisons extrajuridiques ?

LES JURISPRUDENCES CONSTITUANT UN « DÉNI DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE »

Accuser le Conseil d'en faire trop car il n'en fait pas assez peut paraître paradoxal. Pourtant, la jurisprudence constitutionnelle relative à l'incompétence négative (hypothèse dans laquelle le législateur est resté en deçà de ses compétences) ne repose-t-elle pas sur cette logique à l'encontre de la majorité gouvernementale ? Trois exemples de refus d'exercer le contrôle de constitutionnalité peuvent ici être évoqués au titre du « déni de justice constitutionnelle » : la jurisprudence relative aux lois référendaires, celles refusant de confronter la loi votée par rapport à la Constitution et celle refusant de contrôler une seconde fois les dispositions d'une loi non promulguée.

23

La jurisprudence du 6 novembre 1962 relative aux lois référendaires

Depuis la décision du 6 novembre 1962¹³, le Conseil se déclare incompétent pour contrôler la conformité à la Constitution d'une loi adoptée par référendum. Sa position de principe découle du motif principal d'après lequel « les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale » (cons. 2).

Pourtant, en énonçant que « les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel avant leur promulgation », l'article 61 n'établit pas la distinction entre les lois parlementaires et les lois référendaires. Et la lecture de l'article 3 (al. 1) de la Constitution¹⁴ montre, dans le même sens, que le constituant aménage deux procédures d'expression de la souveraineté nationale sans les hiérarchiser : l'expression directe du

12. Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 1998, p. 483 *sq.*

13. CC 61-20 DC, *Rec.*, p. 27.

14. « Art. 3. – La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. »

peuple et celle de ses représentants. Si la procédure référendaire est une alternative à l'adoption d'une loi par la voie parlementaire, le « peuple législateur » ne saurait donc se confondre avec le souverain, comme le démontre magistralement Burdeau¹⁵.

24 Enfin, la position de principe du Conseil demeure contradictoire avec le processus d'insertion des lois dans l'ordre juridique. Comme les autres lois votées, la loi référendaire s'insère dans l'ordre juridique non pas en fonction de son origine (populaire ou parlementaire) mais suivant sa nature (ordinaire, organique, constitutionnelle). Autrement dit, le rang d'une loi ordinaire dans la hiérarchie des normes se détermine en fonction de ce qu'elle contient. Ainsi, en 1962, le Conseil constitutionnel refuse de contrôler une loi constitutionnelle adoptée par référendum tandis qu'en 1992¹⁶ il refuse de vérifier la loi ordinaire autorisant la ratification du traité de Maastricht. Étant compétent pour se prononcer sur « la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires » (art. 61), sa décision relève dans la décision de 1992 du « déni de justice constitutionnelle ».

Il serait certainement intéressant de connaître la position du Conseil dans l'hypothèse d'une saisine par le président de la République d'une loi adoptée par référendum mais pas encore promulguée...

Les jurisprudences ne confrontant pas la loi votée à la Constitution

L'article 61 fixe un cadre général relativement souple en matière de contrôle de constitutionnalité : le Conseil constitutionnel se prononce sur la conformité d'un texte de loi (avant sa promulgation) à la Constitution. Deux étapes obligatoires apparaissent ici clairement quant aux modalités d'exercice du contrôle : le Conseil doit confronter les textes par rapport à la Constitution¹⁷ (étape 1) ; de cette confrontation résulte obligatoirement une décision autorisant ou interdisant la promulgation des dispositions concernées (étape 2). Même si ces deux étapes ne représentent pas réellement le processus conduisant le Conseil à rendre sa décision, l'article 61 impose la présence dans la décision constitutionnelle d'un dispositif qui découle logiquement de l'examen d'un rapport de constitutionnalité.

15. Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, LGDJ, 1963, p. 111.

16. CC 93-313 DC, 23-9-1992, *Rec.*, p. 94.

17. La question de savoir comment le Conseil constitutionnel interprète de manière extensive la notion de Constitution et sélectionne les normes de référence de son contrôle ne sera pas traitée bien qu'elle soit parfois présentée de manière critique par une partie de la doctrine (cf. notamment Henry Roussillon, *Le Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2001, p. 53 sq.).

Or, il arrive que certaines jurisprudences méconnaissent l'étape 1 de confrontation entre le texte déféré et la Constitution. Dans ces hypothèses, la loi examinée est déclarée conforme ou contraire à la Constitution sans avoir été officiellement contrôlée par rapport à la Constitution.

Ainsi dans la décision du 20 janvier 1993 portant sur « la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique¹⁸ », le Conseil censure le législateur au motif que certaines dispositions législatives contrarient « les buts d'intérêt général que le législateur a entendu poursuivre » (cons. 47) ou ne sont pas justifiées « au regard des objectifs qu'a entendu poursuivre le législateur » (cons. 52). Cette motivation semble à la fois incohérente et contraire à l'article 61 de la Constitution : incohérente, dans la mesure où le législateur est censuré sur la base de principes législatifs qu'il a lui-même fixés ; contraire à l'article 61, car l'examen des articles de la loi contestée par rapport à la Constitution fait défaut.

Sur un autre registre, la décision « bioéthique »¹⁹ déclare conforme à la Constitution la disposition législative fixant à cinq ans la durée maximale de conservation d'un embryon tout en admettant « que, s'agissant de la sélection des embryons, il n'existe [...] aucune disposition ni aucun principe de valeur constitutionnelle consacrant la protection du patrimoine génétique de l'humanité » (cons. 11). Or dans le même temps le Conseil constate que « le législateur a assorti la conception, l'implantation et la conservation des embryons fécondés *in vitro* de nombreuses garanties » (cons. 9). Aussi de deux choses l'une : ou bien il n'existe pas de principe constitutionnel en la matière et dans ce cas le législateur ne peut ni respecter ni violer une norme constitutionnelle ; ou bien certaines garanties doivent être respectées par le législateur et alors il appartient au Conseil constitutionnel de confronter ces garanties au texte législatif. La lecture de la motivation indique cependant que le raisonnement juridictionnel découle d'une position de principe suivant laquelle le Conseil refuse « de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur » (cons. 10). En conséquence, la disposition relative à la conservation et à la destruction d'embryons est déclarée conforme à la Constitution sans formellement avoir été confrontée avec une norme

18. CC 92-316 DC, 20-1-1993, *Rec.*, p. 14.

19. CC 94-343, 344 DC, 27-7-1994, *Rec.*, p. 100.

constitutionnelle (comme le principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie). Au-delà de la méconnaissance des exigences constitutionnelles de l'article 61, cette attitude jurisprudentielle est contestable car « le juge constitutionnel a l'obligation de définir la signification et la portée de la norme qu'il applique, sauf à commettre un déni de justice²⁰ ».

La jurisprudence du 4 juillet 2001 sur la double saisine

« Lorsque le Conseil a rendu une décision en application du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, il ne peut être saisi d'un nouveau recours contre le même texte » (cons. 3). Telle est la position de principe proclamée par la décision du 4 juillet 2001²¹ à propos d'une saisine parlementaire en date du 29 juin 2001 demandant l'examen de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Dans cette affaire, le Conseil avait été saisi une première fois le 7 juin 2001 du même texte de loi votée et avait rendu une décision de conformité à la constitution des seuls articles contestés par les requérants le 27 juin 2001.

Cette solution jurisprudentielle ne se justifie au regard des articles 61 et 63²² de la Constitution que si la saisine est tardive et si les dispositions « attaquées » dans la seconde saisine ont déjà été effectivement examinées par la première décision. Or, ces deux conditions ne sont pas forcément réalisées dans l'espèce.

Concernant l'expiration du délai de la saisine, le déclenchement du contrôle étant un droit constitutionnel réservé aux requérants « avant la promulgation », seule cette dernière opération clôt la possibilité de saisir le Conseil. Ce délai, qui caractérise le modèle français de justice constitutionnelle dans la mesure où il intègre le contrôle à la procédure législative, n'interdit pas, par exemple, au président de la République de demander au Conseil un nouvel examen du texte de loi votée avant la promulgation.

Cependant, cette seconde lecture juridictionnelle du texte de loi votée suppose que la requête concerne des dispositions non contrôlées

20. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *op. cit.*, p. 516.

21. CC 2001-449 DC, *Rec.*, p. 80.

22. « Art. 63. – Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations. » Cette loi organique est l'ordonnance du 7 novembre 1958 précitée.

par la première décision. Car, en vertu de l'article 62 de la Constitution, « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours ». En l'espèce, la contestation de la constitutionnalité d'articles non examinés ne saurait être assimilée à un recours contre la première décision du Conseil constitutionnel : ce que la saisine du 29 juin met en cause n'est pas le dispositif de la décision du 27 juin, mais précisément d'autres dispositions sur lesquelles le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé.

Cette jurisprudence soulève, une fois encore, l'ambiguïté du fameux « considérant-balai » qui clôt la motivation des décisions constitutionnelles. En « considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution²³ », le Conseil indique-t-il que toute la loi est déclarée conforme à la Constitution ou que pour le moment (préventivement) les autres articles n'apparaissent pas manifestement contraires à la Constitution. Si la première interprétation fragilise l'autorité du Conseil (comment accorder un « brevet de constitutionnalité » à des dispositions sur lesquelles il ne se prononce pas explicitement ?), la seconde rend la jurisprudence du 4 juillet 2001 pour le moins contestable (en délivrant le « brevet de constitutionnalité » aux seuls articles examinés, le Conseil se réserve la possibilité de contrôler ultérieurement, dans une seconde saisine ou dans le cadre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, les autres dispositions de la loi).

27

Finalement, en se situant sur le seul terrain du droit, il est possible de soutenir que le Conseil constitutionnel « en fait trop ». Mais il ne faut pas oublier non plus que son attitude jurisprudentielle s'explique, parfois, par des facteurs externes à sa seule volonté : en le sollicitant de manière abusive et systématique, en votant des lois de plus en plus nombreuses et mal rédigées – obligeant le Conseil à émettre des réserves d'interprétation pour éviter la censure –, en pratiquant une lecture politicienne des décisions constitutionnelles en fonction des circonstances²⁴... les hommes politiques n'en font-ils pas, eux aussi, un peu trop ?

23. CC 2001-446 DC, 27-6-2001, *Rec.*, p. 74.

24. Cf. Pierre Avril et Jean Gicquel, « La Constitution est-elle devenue ringarde ? », *Le Monde*, 1^{er} juillet 1999.

R É S U M É

Sans se situer sur le terrain idéologique, cet article s'attache à répondre en juriste à la question de savoir si le Conseil constitutionnel en fait trop par rapport aux compétences que la Constitution lui attribue. L'étude des jurisprudences constituant un « excès de pouvoir constitutionnel » et celles relevant du « déni de justice constitutionnelle » tend à démontrer les distances que le Conseil constitutionnel prend parfois avec la règle constitutionnelle.

LES DÉCISIONS DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL
ET LE JEU POLITIQUE

POUR ÊTRE LARGEMENT RÉPANDU, l'usage de la métaphore ludique dans l'analyse de la vie politique comporte bien des incertitudes. Dans la littérature politiste contemporaine, l'expression « jeu politique » véhicule en effet au moins deux images largement contradictoires. La première est celle d'un monde régulé par des conventions qu'il appartient à l'observateur de décoder et de formaliser ; cette orientation trouve son expression la plus rigoureuse dans les tentatives de modélisation mathématique inspirées de la théorie des jeux¹. La seconde évoque des pratiques indifférentes aux enjeux de la décision politique, un *happening* inconséquent, où « rien n'est généralisable, ou "modélisable"² ». Et les travaux des constitutionnalistes entretiennent une ambivalence comparable. Deux clichés s'y croisent : le « jeu politique » est tantôt un ensemble de comportements définis et encadrés par une règle (selon une formule abondamment utilisée, « la Constitution est la règle du jeu politique »), tantôt une pratique qui en perturbe l'ordonnance, dévoie ou transforme la règle : « L'épuration constitutionnelle initiale peut se trouver gauchie par la coutume et le "jeu politique"³. »

29

L'invention du Conseil constitutionnel paraît mettre un terme à l'équivoque, au moins pour les constitutionnalistes. N'est-il pas « l'arbitre du jeu politique », l'intervenant extérieur qui en garantit le

1. Voir Alain Longhi-Marengi, « Théorie des jeux et politique. Commentaires sur un domaine d'application », Table ronde « Politique et jeu », 4^e Congrès de l'AFSP, 1992, dactylographié.

2. Guy Thuillier, *Le Jeu politique*, Economica, 1992, p. 2, souligné par l'auteur.

3. Michel Bouissou, *Encyclopaedia universalis*, v. « Bicamérisme ou bicaméralisme ».

bon déroulement ? L'image est déclinée avec insistance, d'autant qu'elle réconcilie les deux points de vue. Le jeu est stabilisé, les comportements déviants sanctionnés et les transformations furtives de la règle définitivement empêchées. Les acteurs peuvent changer, des situations de jeu inédites surgir, ni la nature ni les règles du jeu ne s'en trouveront modifiées. Veillant au respect de la Constitution, le Conseil constitutionnel permet au jeu, à ce jeu-là, de se jouer et de se jouer durablement.

30 Mais est-ce encore un jeu ? D'autres images surgissent, propres à en faire douter. En introduisant de « l'ordre » dans la vie politique, le Conseil constitutionnel n'en ôte-t-il pas la fantaisie sans laquelle le « jeu » n'en serait plus tout à fait un ? La « pacification de la vie politique » est-elle seulement la fin, provisoire, d'une partie ou bien plutôt la fin du jeu ? N'en élimine-t-elle pas l'élément « agonique », le privant d'une grande partie de son sens ? « Saisie par le droit », la politique est-elle seulement contenue et régulée, ou plutôt figée, comme vitrifiée ? Sans solliciter à l'excès les propos des commentateurs, on pourrait en conclure que seuls le poids des habitudes et une convention linguistique dépassée expliquent l'usage persistant de la vieille analogie. Imposant le respect du *game*, le juge évincerait le *play* de la vie des institutions ; « nouvel intervenant dans le jeu politique⁴ », il sifflerait non seulement les fautes mais la fin de la récréation.

Or, le jeu n'est pas mort. Désormais régulé par l'activité du Conseil, il devient paradigme et contribue à servir l'ambition explicative des constitutionnalistes. Et loin d'affaiblir l'autorité de la Constitution, c'est le « jeu du jeu » qui en est la meilleure garantie. Certaines pratiques contentieuses y génèrent cependant de l'incertitude ; introduisant du « jeu dans le jeu », elles en perturbent le sens.

LA CONSTITUTION DU JEU

Pour assimiler la Constitution à un jeu, il faut, paradoxalement, se garder d'assimiler le jeu à ses principes constitutifs.

Le terme de « constitution » renvoie en effet à deux significations. La première, traditionnelle, y voit simplement une règle déterminant le comportement d'organes soumis à des obligations. C'est cette conception qui appelle le contrôle, fournit au contrôleur une manière de justifier ses décisions et les fait apparaître comme prévenant ou sanction-

4. Louis Favoreu, *La Politique saisie par le droit*, Economica, 1988, p. 7.

nant les violations de la règle. La métaphore du jeu paraît alors s'imposer, qui fait du contrôleur un arbitre.

Elle se heurte pourtant à une sérieuse objection. Car si le comportement des joueurs est entièrement dicté par la règle, c'est un jeu sans jeu et la figure de l'arbitre n'y a pas de place. Et il en va de même si le jeu lui échappe et se déroule hors contrôle, car c'est la règle elle-même qui se trouve alors menacée⁵. Tout jeu suppose en effet une tension entre « un pôle de régulation, de convention, de répétition d'une part, et un pôle de hasard, d'inventivité et de fantaisie d'autre part⁶ ». Cette tension ne résulte pas de la juxtaposition d'un secteur régulé et d'un autre qui ne le serait pas, mais de la combinaison intime de deux principes contraires : l'ordre et le désordre. « Il n'y a de jeu, que s'il y a du jeu : trop de jeu et tout se disloque, la partie verse dans le non-sens ; pas assez de jeu et tout se bloque, le sens se fige en une répétition stérile⁷. » Jouer à la bataille n'amuse que les enfants.

31

Réduisant le jeu au seul pôle de la régularité, l'analogie traditionnelle bute sur cette première signification de la Constitution qui apparaît ainsi peu propice à son exploitation comme modèle explicatif du comportement des acteurs.

En un second sens, la Constitution est un « système⁸ ». À l'inverse de la représentation courante, ce sont les acteurs qui, alors, déterminent son fonctionnement. Dotés de compétences à l'interprétation desquelles ils participent, ils s'efforcent d'accroître leurs pouvoirs et leur espace de liberté. Le texte constitutionnel est alors comme la règle d'un jeu dont les joueurs se servent ; ils y puisent les ressources dont ils espèrent des gains. La règle détermine qui joue et comment on doit jouer pour jouer à ce jeu-là : elle en fixe les règles constitutives⁹. Mais elle ne dit pas comment jouer pour gagner ; l'habileté des joueurs, leur « sens du jeu » et leur désir de vaincre y pourvoient.

5. « La cohabitation, note ainsi Louis Favoreu, a montré que le Conseil constitutionnel n'était pas un véritable arbitre, car il n'a pu contrôler que certains acteurs du jeu politique : il a pu soumettre au respect de la règle de droit le Parlement et, indirectement, le gouvernement, mais non le président de la République », *ibid.*, p. 115.

6. *Dictionnaire d'Éguilles*, v. « Jeu ».

7. Michel van de Kerchove et François Ost, *Le Droit ou les Paradoxes du jeu*, PUF, 1992, p. 36.

8. Voir Michel Troper, « La Constitution et ses représentations sous la V^e République », *Pouvoirs*, n° 4, 1978, p. 70.

9. Sur cette notion, voir Amedeo G. Conte, « L'enjeu des règles », *Droit et Jeu. Variations interdisciplinaires, Droit et Société*, nos 17-18, 1991, p. 125.

Ainsi envisagée, la Constitution n'a pas d'arbitre, si l'on entend par là une autorité extérieure au jeu, chargée d'en surveiller la régularité. Le « juge constitutionnel » n'est lui-même qu'un acteur ; il participe au jeu *avec* les autres.

Ce qui ne signifie pas qu'il le fasse dans les mêmes conditions et avec les mêmes instruments qu'eux. Chacun des joueurs est en effet dans une situation particulière, puisque les positions sont différentes et n'offrent pas les mêmes capacités de mouvement.

C'est la nature propre de ses moyens qui définit le juge constitutionnel. Tout comme, sur l'échiquier, le déplacement des pièces désigne le « fou » et le distingue du « cavalier », il faut, pour être « juge constitutionnel », jouer d'une certaine manière, obéir à certaines conventions. Ces conventions ne sont d'ailleurs pas unanimement admises, comme l'ont montré, au début de la V^e République, les controverses sur la nature du Conseil constitutionnel, et elles peuvent varier sous l'effet du discours doctrinal. Mais on y trouve quelques constantes et une exigence minimale : il faut, pour être « juge constitutionnel », justifier *chacune* de ses décisions par l'obligation qu'on a de la prendre, et uniquement par cela. C'est donc essentiellement la forme de son activité qui caractérise son mode de participation au jeu et le définit en tant que joueur.

Cette manière de se comporter lui est imposée par l'organisation générale du système – spécialement par ce qui, dans ce jeu, a trait à son entrée en jeu – et par le souci de l'autorité de ses décisions. Mais la répétition du procédé génère des contraintes pesant sur *toutes* les décisions qu'il prend¹⁰. Obligé d'énoncer des règles propres à justifier ce qu'il fait, il produit malgré lui de la jurisprudence et il ne peut échapper aux règles déjà formulées qu'en en formulant d'autres, plus générales que les premières¹¹.

Que l'activité du Conseil constitutionnel assure, de ce fait, la part de régulation et de stabilité nécessaire au jeu politique ne fait guère de doute. La compétition dont l'enjeu est la maîtrise de la production normative n'est plus abandonnée aux seuls rapports de force. Elle dépend désormais des règles que le Conseil a fixées et dont il répète les exigences lorsque c'est nécessaire. L'analogie est d'ailleurs confortée par cette observation banale : beaucoup de lois sont promulguées sans examen de

10. Voir Jacques Meunier, *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, Bruylant-LGDJ, 1994.

11. Voir Michel Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n° 1, 1990, p. 31.

leur constitutionnalité¹². Ce qui, loin de constituer une marque de dérégulation, traduit au contraire l'influence grandissante d'une jurisprudence, qui, estime-t-on généralement, n'est pas subordonnée aux interventions du juge. Cette influence se manifeste aussi bien dans le choix des procédures normatives (la loi ou le règlement) que tout au long du processus législatif (où la crainte de la censure impose des comportements de précaution ou permet de les justifier) et, au-delà, dans l'activité des juridictions ordinaires (avec pour conséquence le phénomène de « constitutionnalisation du droit »). Elle fournit au Conseil constitutionnel la contrepartie positive des contraintes associées à l'usage obligé de principes régulateurs.

Mais qu'en est-il de la liberté ? Ces contraintes accrues menacent-elles la composante proprement ludique du jeu ? La réponse peut être formulée indépendamment du contenu des exigences constitutionnelles. La question, en effet, n'est pas de savoir si les acteurs ont la liberté de faire ce qu'ils veulent, ce qui appellerait une réponse certainement négative ou imposerait des appréciations difficiles à justifier et toujours contestables quant au degré de contrainte auquel ils sont soumis. Il s'agit seulement d'apprécier si le « jeu » est possible. Or celui-ci ne dépend pas des lacunes de la règle, mais des coups qu'elle permet, c'est-à-dire de la configuration du jeu lui-même et des choix qu'il offre aux joueurs.

33

LE JEU DU JEU : COUPS, COÛTS ET CONTRECOUPS

Si l'on excepte les cas où l'acquiescement du Conseil est une condition de l'entrée en vigueur d'un texte (lois organiques et règlements des assemblées parlementaires), la règle constitutionnelle laisse libre de ne pas le solliciter. Quels que soient le contenu ou la procédure d'adoption d'une loi, les autorités de saisine peuvent donc « jouer le contrôle » ou participer à son évitement, utiliser le Conseil ou s'en jouer¹³. Elles détiennent un atout qu'elles sont seules à posséder, mais que rien ne les oblige à exploiter. Dans le jeu institutionnel, la règle n'impose jamais de « couper ».

12. 85 % des lois ordinaires votées entre 1974 et 1994 (en excluant les lois de ratification des traités) ont été promulguées sans contrôle (voir Louis Favoreu, « Origines et bilan statistique », *Vingt Ans de saisine parlementaire du Conseil constitutionnel*, PUAM-Economica, 1995). Les chiffres n'ont, en moyenne, guère varié depuis.

13. En réalité, même les hypothèses de saisine « obligatoire » ne suppriment pas l'alternative. Voir Jacques Meunier, « Pour une analyse économique de la saisine », *Vingt Ans de saisine parlementaire*, *op. cit.*, p. 155.

L'image peut sembler prédéterminer la manière de rendre compte de la pratique des autorités de saisine et occulter l'importance du rôle qu'y occupent les décisions du Conseil. Considérer la saisine comme un « coup », c'est en effet supposer une « instrumentalisation » du contrôle. Cette idée est aujourd'hui largement admise : la saisine n'est pas décidée pour assurer le respect de la Constitution¹⁴, encore moins pour satisfaire d'éventuels objectifs du Conseil en matière de régulation. Elle obéit à la logique du jeu politique, lequel impose de tirer parti des atouts dont on dispose. Dotées d'une arme sans équivalent, les minorités parlementaires sont tenues de s'en servir. Ce que la Constitution leur *permet*, elles *doivent* le faire puisque c'est possible sans risque et qu'il n'existe pas d'alternative offrant un résultat équivalent.

34 La saisine serait ainsi un coup *obligé*, non pas bien sûr directement par une disposition juridique particulière, mais par les contraintes du jeu que la Constitution instaure, de ses buts et des moyens disponibles pour les atteindre. La perspective du gain (la censure de la loi), les enjeux dérivés (les bénéfices politiques d'une opposition résolue qui s'affiche) et, peut-être surtout, la simple existence d'une ultime voie de recours imposeraient d'aller au bout du possible pour faire échec à la loi.

Loin de constituer une faiblesse du système, cette instrumentalisation du contrôle est au contraire la meilleure garantie de son efficacité. L'impact de la règle issue de l'activité de contrôle, c'est-à-dire son aptitude à assurer la régulation du jeu politique, suppose que le comportement des acteurs obéisse à des règles implicites sur la manière de jouer. Ou bien l'application spontanée de la règle, ou bien la saisine du Conseil constitutionnel pour en empêcher la violation. Le second terme étant évidemment la garantie du premier. Car si la participation du Conseil constitutionnel à la production normative ne se mesure pas seulement à la densité de ses interventions, encore faut-il que la saisine fonctionne comme un instrument de la régulation, c'est-à-dire que l'intérêt des joueurs les incite à faire usage de leur atout pour obtenir la censure de tout comportement qui s'écarterait des règles fixées par le Conseil. S'il n'est pas nécessaire de le saisir, puisque cette seule éventualité produit un effet dissuasif, encore faut-il qu'il le soit effectivement lorsque la dissuasion échoue. C'est la certitude de cette conséquence qui assure l'effet dissuasif. Sans elle les producteurs de normes ne se sou-

14. Bastien François, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique », *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Conseil constitutionnel-LGDJ, 1999, p. 75.

mettraient pas à une volonté présumée du Conseil constitutionnel mais à sa volonté réelle, autant qu'il serait convié à l'exprimer par l'une ou l'autre des autorités de saisine.

Ainsi, non seulement « le juridique tient le politique en état, [en ce que] le fonctionnement du système politique dépend désormais de la manière dont fonctionnent un certain nombre de mécanismes juridiques et que l'on ne peut donc expliquer telle ou telle particularité constatée à tel moment sans faire référence à la combinaison et au jeu des règles juridiques¹⁵ », mais, réciproquement, le politique tient le juridique en l'état, car les mécanismes juridiques ne peuvent produire leur effet régulateur qu'autant que subsistent le jeu politique et l'intérêt qu'il confère aux décisions du Conseil.

Cependant, si on prend le jeu au sérieux, il ne faut sous-estimer ni sa complexité ni le niveau des joueurs. Ces derniers ne jouent pas leurs atouts simplement parce qu'ils les possèdent. Ils ne saisissent pas non plus le Conseil comme on lance les dés, attendant du hasard un résultat favorable. Il n'y a peut-être pas de « stratégie de la saisine¹⁶ », mais certainement une tactique, et si celle-ci peut sans réserve être qualifiée de « politique », elle obéit à des évaluations qui n'ont sans doute pas le simplisme qu'on leur prête couramment.

Le raisonnement instrumentaliste courant suppose en effet deux choses. D'une part, que l'obtention d'une décision de censure de la loi constitue toujours un gain ; d'autre part, que la saisine ne comporte elle-même aucun risque, de telle sorte que même la perspective d'une décision contraire serait toujours préférable à l'abstention.

Or, sur le premier point, il n'est pas invraisemblable qu'une censure, même probable, soit parfois trop coûteuse pour être recherchée. Soit qu'elle génère des contraintes juridiques insupportables, soit qu'elle suppose un argumentaire impliquant un positionnement politique inopportun¹⁷.

Quant au second point, il est paradoxal d'imaginer une censure de la loi procurant un bénéfice politique à ses initiateurs, sans que, symé-

15. Louis Favoreu, *La Politique saisie par le droit*, op. cit., p. 81.

16. C'est pour Guy Carcassonne « un sujet virtuel » (« La stratégie de ceux qui saisissent », *Vingt Ans de saisine parlementaire*, op. cit., p. 49).

17. Ce frein à la saisine est parfois agité par les auteurs mêmes d'un texte, non sans quelque provocation (voir, par exemple, les propos adressés à l'opposition par François Guillaume, ministre de l'Agriculture, lors des débats sur le projet de loi de mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole, en novembre 1987, sans d'ailleurs l'empêcher d'en saisir le Conseil constitutionnel).

triquement, sa validation n'engendre pour eux aucun coût si l'entreprise échoue¹⁸. On doit d'ailleurs remarquer que c'est seulement sur le terrain politique qu'un label de constitutionnalité comporte des enjeux. Il ne confère aucune préséance juridique à la loi certifiée conforme et ne la met même pas à l'abri d'une mise en cause ultérieure (cf. *infra*). Le jeu, ici, est à somme nulle. L'échec d'un coup profite à l'adversaire et toute saisine offre donc au gouvernement, coauteur et défenseur de la loi, l'occasion d'une « surcoupe » avantageuse. L'incertitude des conséquences invite à la prudence dans l'usage des ressources.

36 Ces facteurs d'évaporation peuvent, dans une certaine mesure, être combattus par le Conseil lui-même. L'intérêt du coup est en effet largement conditionné par la nature de la réaction qu'il suscite : « C'est bien parce que le Conseil apparaît comme une juridiction et que ses décisions, de ce fait, se donnent à voir comme des verdicts parés de la neutralité technique du langage juridique – et qu'elles paraissent ainsi obéir à une logique proprement juridique transcendant les clivages politiques – que les parlementaires accordent du crédit politique à la saisine¹⁹. » Mais ce résultat n'est lui-même atteint qu'au prix de certaines exigences, qui déterminent la place du Conseil dans le jeu et la manière dont il y participe. La juridicisation de son activité suppose, notamment, qu'il s'astreigne à une interprétation invariable des dispositions constitutionnelles, renforçant ainsi l'autorité du *game* mais limitant ses possibilités d'y rechercher un gain personnel.

Par contrecoup, apparaissent de nouveaux enjeux. D'une part, la neutralisation du débat politique n'est pas forcément souhaitée par les acteurs, car elle soumet à une expertise technique, celle du Conseil, la pertinence des objections formulées à l'encontre de la loi. Il en résulte que solliciter ce tiers, c'est aussi accepter le résultat de l'expertise et s'interdire toute autre forme de lutte contre ce qu'il aura, le cas échéant, validé. Et s'il faut pour saisir, saisir d'une certaine manière, de nouvelles évaluations s'imposent. Car la technicité conférée aux questions constitutionnelles appelle l'intervention des spécialistes qui tendent à imposer leur propre logique à ceux qui les emploient et freinent les saisines hasardeuses : « Le besoin de disposer de connaissances spécialisées, ou de se voir légitimé par les spécialistes, impose la participation du per-

18. Au demeurant, le gain attaché à une déclaration de conformité est attesté par l'exercice occasionnel de la saisine par le Premier ministre lui-même.

19. Bastien François, *op. cit.*, p. 75.

sonnel subalterne et, dans la majorité des cas, assujettit le supérieur nominal aux analyses de ses subordonnés. La position “directoriale” garantit que, dans la plupart des cas, le jugement indépendant et l’action novatrice seront impossibles²⁰. » En d’autres termes, la manière de jouer pèse sur la décision de jouer. On ne joue pas, si on ne peut pas bien jouer²¹.

DU JEU DANS LE JEU ?

Lorsque le Conseil constitutionnel se prononce sur une disposition non contestée d’une loi soumise à son examen, l’instance échappe aux requérants : le juge met le pied dans la porte et l’ouvre d’autorité. Il en va de même, dans une moindre mesure, lorsqu’il soulève d’office un moyen que les requérants n’ont pas envisagé ou se sont abstenus d’invoquer.

On peut trouver d’excellentes justifications à ces pratiques et, notamment, les considérer comme parfaitement normales au regard de la Constitution ou des spécificités de la juridiction constitutionnelle. Il reste qu’elles prennent le contre-pied d’une double limite que s’imposent les juridictions ordinaires : ne pas statuer *ultra petita* et ne juger, en principe, du bien-fondé d’une demande qu’au regard des arguments qu’elle contient. L’attitude du Conseil est ici assimilable à une « rupture du jeu, l’un des partenaires faisant à la fois les questions et les réponses²² ».

Le procédé n’est pas sans avantage. Non seulement bien sûr pour le Conseil, mais aussi pour d’autres acteurs dans certaines configurations du jeu qu’il contribue de la sorte à enrichir. Le premier, d’abord, se donne ainsi les moyens de faire échec aux « petits jeux » des requérants, s’ils étaient tentés de limiter son rôle à des bénéfices qu’ils voudraient être seuls à définir. Et, le cas échéant, il formule de sa propre initiative et autant que de besoin les principes utiles à son activité, lesquels inciteront à le saisir dans l’avenir des manquements que ces principes pourraient subir. Quant aux requérants, ils y trouvent l’occasion de quelques jolis coups, au premier rang desquels, naturellement, la faculté d’obtenir l’élimina-

20. Murray Edelman, *Pièces et Règles du jeu politique*, trad. fr., Seuil, 1991.

21. Pour des exemples contraires, voir cependant Jacques Meunier, « Sur quelques saisines atypiques : l’émergence de “l’autre” figure du juge constitutionnel », in Olivier Cayla et Marie-France Renoux-Zagamé (dir.), *L’Office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, PUR-Bruylant-LGDJ, 2002, p. 165.

22. Michel van de Kerchove et François Ost, *Le Droit ou les Paradoxes du jeu*, op. cit., p. 64. La pratique du Conseil a même été dénoncée comme un abandon du jeu originel (voir André Laignel, « Le gouvernement des juges ? », *Le Monde*, 27 janvier 1983).

tion de dispositions qu'il serait politiquement coûteux de mettre explicitement en cause²³. Car le jeu, ici, n'impose pas d'annonces, et la valeur d'un atout peut rester dissimulée; on peut en tirer profit sans l'étaler.

Parallèlement, le gouvernement se voit offrir le confort d'une surveillance quasi automatique de sa majorité. Il n'a besoin ni de solliciter le Conseil pour contrer certaines initiatives intempestives, ni même de les critiquer durant la procédure législative: la vigilance du juge y suppléera²⁴.

Enfin, l'attitude du Conseil constitutionnel permet un coup impossible en contentieux administratif: obtenir du juge qu'il lave du soupçon d'irrégularité des dispositions politiquement controversées. Cette faculté n'est couramment utilisée qu'en matière de contrôle des traités, dans le cadre de la procédure de l'article 54, par le président de la République ou, plus rarement, le Premier ministre. Mais on en trouve aussi quelques applications à des lois ordinaires à l'initiative de ce dernier.

Il est naturellement impossible de démontrer que ces objectifs sont effectivement recherchés par les protagonistes, mais il est certain qu'ils peuvent l'être et que la règle offre sur ce point des ouvertures qui n'existeraient pas si le Conseil constitutionnel s'en tenait aux pratiques contentieuses traditionnelles: le coût du coup s'en trouve, sous certains aspects, réduit ou éliminé.

La contrepartie est plus difficile à évaluer. Elle s'apprécie sur deux plans très différents.

Le premier est la manière dont réagissent les autorités de saisine devant un procédé qui les empêche de modérer les conséquences d'une éventuelle requête et leur fait donc courir le risque de provoquer, malgré elles, l'annulation de dispositions qu'elles approuvent. Même s'il est sans doute peu probable qu'elles y renoncent pour cette seule raison, la liberté que s'octroie le Conseil est un élément à prendre en compte avant toute saisine, un élément sur lequel elles ne disposent pourtant d'aucune information fiable, la doctrine peinant à déterminer

23. Un exemple devenu classique est offert par la décision 82-246 DC, 18-11-1982, *Quotas par sexe*.

24. Un des moyens les plus couramment soulevés d'office est en effet l'introduction d'un « cavalier » législatif ou budgétaire par un amendement parlementaire. Le Conseil constitutionnel contribue ainsi à protéger les initiatives du gouvernement de toute dénaturation, sans qu'il soit nécessaire à celui-ci de lui en faire la demande. De plus, la défense de la loi relevant du gouvernement, il lui est possible d'en moduler l'intensité à sa convenance (voir le témoignage d'Yann Aguila, « Les grandes lignes de la défense de la loi par le Secrétaire général du gouvernement », *Le Conseil constitutionnel a 40 ans, op. cit.*, p. 101).

avec précision quels critères, moyens et conclusions sont ou ne sont pas soulevés d'office²⁵.

L'extension du contrôle introduit un second facteur d'incertitude. En effet, dès lors qu'il se donne le pouvoir d'examiner toutes les dispositions d'une loi au regard de n'importe quelle exigence constitutionnelle, le Conseil ne peut éviter de délivrer un certificat de constitutionnalité à celles qu'il ne censure pas, qu'il les ait déclarées conformes à la Constitution, non contraires ou que, plus simplement, il se soit abstenu de se prononcer sur leur régularité²⁶. Pourtant, le Conseil accepte, à certaines conditions, d'apprécier la constitutionnalité d'une loi en vigueur, y compris s'il l'a déjà fait avant sa promulgation et bien qu'il n'ait pas alors, par hypothèse, estimé devoir s'y opposer. Il offre ainsi des arguments inédits à la contestation d'une loi nouvelle : même si celle-ci ne fait qu'affecter le domaine d'une loi ancienne, elle peut être critiquée et annulée si la loi ancienne est elle-même inconstitutionnelle²⁷.

39

Pour éviter la contradiction, il faut soit estimer que la première décision ne valait pas attestation de constitutionnalité, soit que cette attestation n'avait qu'un caractère provisoire susceptible d'être remis en cause par un éventuel « changement de jurisprudence ». Ces deux points de vue sont défendus par la doctrine, parfois même – non sans incohérence – simultanément.

La première solution passe par un affaiblissement de l'autorité des décisions du Conseil. Si « l'autorité de chose jugée est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi déferée », comme le suggèrent certains commentateurs²⁸, le Conseil se

25. Voir Thierry Di Manno, *Le Conseil constitutionnel et les Moyens et Conclusions soulevés d'office*, Economica-PUAM, 1994.

26. En ce sens, voir Georges Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 59-60 : « Ces deux caractères de la saisine [recevabilité des saisines non motivées et contrôle portant sur la loi dans son intégralité] entraînent une suite de conséquences logiques qui éloignent de plus en plus la saisine d'un recours contentieux. La première est évidemment de ne laisser aucune place à la notion d'*ultra petita*. La saisine porte nécessairement et indivisiblement sur la totalité du texte déferé. [...] Bien plus cette conséquence s'impose au Conseil constitutionnel lui-même. La confrontation du texte aux exigences constitutionnelles doit porter sur la totalité de son contenu. Obligé de se plier à cette exigence le Conseil appose bon gré mal gré le sceau de la constitutionnalité sur les dispositions qu'il n'a pas censurées même s'il s'efforce d'assouplir cette irréfragabilité quelquefois dérangeante. » Souligné par nous.

27. Situation illustrée par la décision 99-410 DC, 16-3-1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*.

28. Reproduisant une formule contenue dans la décision 88-244 DC, 20-7-1988, *Loi d'amnistie*.

réserve la faculté de réexaminer ultérieurement, à l'occasion d'un recours visant une loi non encore promulguée, ce sur quoi il ne s'est pas expressément prononcé la première fois. Mais l'autorité de chose jugée perd alors une grande partie de son intérêt. Car une disposition inconstitutionnelle ne pouvant être promulguée, les effets de l'autorité de chose jugée se confondent avec ceux de la déclaration d'inconstitutionnalité. Or, c'est au contraire à l'occasion des décisions de conformité que l'autorité de chose jugée est utile au Conseil constitutionnel, lorsqu'il les assortit de « réserves d'interprétation » et qu'elles s'introduisent ainsi lestées dans l'activité des juridictions ordinaires. Comment les réserves pourraient-elles jouer ce rôle si seules les déclarations d'inconstitutionnalité devaient bénéficier de l'autorité de la chose jugée ?

40 Quant au « changement de jurisprudence », il met en jeu un autre aspect de l'autorité du Conseil, celui au nom duquel les requérants ont intérêt à susciter sa participation au jeu, et la stabilité qui permet d'en supputer les bénéfices et les coûts²⁹. En d'autres termes, c'est la nature des enjeux et l'intérêt du jeu qui deviennent incertains, et c'est son propre rôle que le Conseil met alors en péril.

29. La notion de « changement de jurisprudence » prend d'ailleurs ici un sens particulier, puisqu'il n'est pas seulement question d'une nouvelle interprétation d'une règle applicable à de nouvelles situations, mais de la remise en cause caractérisée d'une décision ancienne portant sur un texte précisément identifié.

R É S U M É

Souvent présenté comme l'arbitre du jeu politique, le Conseil constitutionnel doit plutôt être vu comme un acteur parmi d'autres. Intervenant sous une forme qui lui est propre et qui l'identifie comme « juge constitutionnel », il participe au jeu à sa manière et contribue à sa régulation. Son entrée en jeu reste toutefois conditionnelle. Elle suppose une décision des autres joueurs et dépend donc à la fois de la persistance du jeu, de la nature des enjeux et d'une évaluation des chances de succès.

DIALOGUE ET COMPÉTITION
DES COURS SUPRÊMES
OU LA CONSTRUCTION
D'UN SYSTÈME JURIDICTIONNEL

LA COUR DE CASSATION, LE CONSEIL D'ÉTAT ET LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL sont trois cours suprêmes, qui interviennent dans des domaines distincts¹. À la Cour de cassation le contrôle des actes privés, au Conseil d'État celui des actes administratifs et au Conseil constitutionnel le soin de vérifier la constitutionnalité des lois et des traités internationaux.

41

Ce rapide énoncé des missions de chaque cour laisse peu de place au dialogue et à la compétition. Comment, en effet, des juridictions qui interviennent sur des terrains différents pourraient-elles entrer en relation ?

Cela peut se produire lorsque les juges se trouvent confrontés à des situations similaires, bien que relevant d'un droit différent. C'est le cas, par exemple, en matière de responsabilité médicale où la Cour de cassation (à propos des actes médicaux relevant du droit privé) et le Conseil d'État (à propos de ceux relevant du droit public) se concurrencent dans la recherche de la jurisprudence la plus libérale en matière de droit à réparation².

Une autre situation est celle rencontrée lorsque les juges utilisent la même norme de référence pour leur contrôle. Nous savons qu'il est inhérent à l'action de juger, pour établir ce que l'on nomme le *rapport de conformité*³, de déterminer le sens du texte à contrôler, ainsi que celui

1. Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Montchrestien, 17^e éd., 2001, p. 708.

2. Voir par ex. CE, ass., 24-11-1961, *Letisserand, D*, 1962, p. 34, concl. Heumann, arrêt par lequel le Conseil d'État s'aligne sur la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation en reconnaissant le droit à réparation de la douleur morale.

3. Louis Favoreu et Thierry Renoux, *Le Contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, p. 145.

de la norme servant de référence au contrôle⁴. Les juges sont alors conduits à s'observer mutuellement au sujet du sens à donner à la norme en cause. Cette situation est particulièrement avérée lorsque la Constitution est la norme de référence.

La Constitution est, en effet, le terrain privilégié de la rencontre des juges. Dès lors, l'histoire de ce ménage à trois est celle de la construction d'un système juridictionnel dans lequel cohabitent dialogue et compétition entre les acteurs. C'est sous cet angle, « systémique », que sont envisagées les relations entre les juges⁵, le système apparaissant comme un instrument de compréhension des relations entre les cours suprêmes, ce qu'illustre la question de l'autorité des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel sur les cours administratives et judiciaires.

42

LE SYSTÈME COMME INSTRUMENT DE COMPRÉHENSION DES RELATIONS ENTRE LES COURS SUPRÊMES

Présentation de la notion de système

Le mot « système », emprunté au bas latin *systema*, qui reprend une acception du grec *sustéma*, signifie « assemblage », « ensemble »⁶.

Pour Ferdinand Saussure (1857-1913), précurseur en linguistique, le système est « une totalité organisée, faite d'éléments solidaires ne pouvant être définis que les uns par rapport aux autres en fonction de leur place dans cette totalité⁷ ».

La notion de système ne se limite donc pas à la seule *réunion* d'éléments, mais suppose l'existence de véritables *relations spécifiques* entre

4. Michel Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 133 *sq.*

5. Qu'il soit permis de renvoyer à notre thèse, *Les Juges français de la constitutionnalité* (dir. P^e Slobodan Milacic), Bordeaux IV, 2000 ; à paraître, Bruylant-Sakkoulas. Sur les vertus d'adopter une vision globale – que permet l'étude systémique –, Catherine Thibierge, « Enseigner le droit civil à l'aube du XXI^e siècle », *RTD civ.*, 1998, p. 306 *sq.* Par exemple, concernant l'apport de l'analyse économique à la réflexion juridique, Sylvie Lebreton, *L'Exclusivité contractuelle et les Comportements opportunistes*, Litec, « Bibliothèque du droit de l'entreprise », t. 57, 2002.

6. *Le Robert, Dictionnaire historique de la langue française* (dir. Alain Rey), t. 3, 1998.

7. Cité par François Terré, « Crises et source du droit », *Droit de la crise : crise du droit ?*, Journées Savatier, Poitiers, 5 et 6 octobre 1995, PUF, p. 49-50.

ces éléments, faites d'*interrelations*, d'*interactions* ou d'*interconnexions*⁸, ce qui aboutit à une cohésion de l'ensemble⁹.

L'approche systémique, ou science des systèmes, a fait son apparition, en matière scientifique, lors de la jonction d'un courant de biologie théorique, animé par Ludwig Von Bertalanffy¹⁰, et des travaux de cybernéticiens comme Norbert Wiener¹¹. Elle s'est ensuite constituée en discipline scientifique autonome¹².

La théorie a alors progressivement fait son entrée dans les *sciences sociales*.

C'est aujourd'hui le fameux « système social » ou « culturel » de l'américain Talcott Parsons qui apparaît comme le plus englobant¹³. La paternité de la méthode systémique moderne est toutefois attribuée au canadien David Easton¹⁴, qui s'est intéressé au « système politique ». À l'intérieur de celui-ci, le droit et les institutions juridiques apparaissent comme des « sous-systèmes » relativement autonomes mais impliqués dans la logique plus globale.

43

Le système pour caractériser les relations entre les juges

La notion de système est-elle pertinente pour caractériser, sous la V^e République, les relations entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation, en tant que juges de la constitutionnalité ?

Si l'on s'en tient aux textes, principalement celui de la Constitution, les rapports entre les juges sont extrêmement limités. Il n'existe d'ailleurs aucune hiérarchie entre eux, le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation étant trois cours *souveraines*, indépendantes d'un point de vue organique.

Les rédacteurs de la Constitution n'ont ainsi nullement eu l'intention de favoriser l'émergence d'un système juridictionnel de contrôle de

8. Slobodan Milacic, *Introduction à l'analyse du discours politique*, cours polyc., 1^{re} année DEUG droit, Bordeaux, Librairie Montaigne, 1999-2000, p. 5.

9. Michel van de Kerchove et François Ost, *Le Système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988, spéc. p. 25.

10. Voir par ex. *Théorie générale des systèmes. Physique, biologie, psychologie, sociologie, philosophie*, 1968, Dunod, trad. fr., 1973.

11. Voir par ex. *Cybernétique et Société*, 1950, trad. fr., Union générale d'éditions, 1962.

12. A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993.

13. Voir par ex. *Éléments pour une sociologie de l'action*, trad. fr., Bourricaud, 1955.

14. Voir par ex. *Analyse du système politique*, trad. fr., 1974. On se reportera à l'ouvrage de Roger-Gérard Schwartzenberg, *Sociologie politique*, Montchrestien, 5^e éd., 1998, p. 86 sq.

constitutionnalité ; au contraire, l'on peut même penser que prédominait une volonté d'« anti-système », les pouvoirs publics ayant généralement intérêt à la dispersion des contrôleurs¹⁵. Cela signifie qu'il n'existe, *a priori*, aucune organisation systémique entre les juges.

Il en résulte que si le dialogue n'est pas formalisé, il se développe de façon *spontanée*, en dehors de la volonté de ceux qui ont institué les juges et de toute architecture planifiée. Les juges sont en effet amenés, de leur propre initiative, à se rapprocher les uns des autres, au point de devenir interdépendants.

44 Cela s'explique, tout d'abord, comme une induction de l'ordre juridique. Celui-ci implique, en effet, « l'agencement d'une série d'éléments disparates et hétérogènes en un ensemble cohérent, intelligible¹⁶ ». Si l'on observe les normes juridiques dont les juges contrôlent la validité ou dont ils se servent comme normes de référence, celles-ci ne sont pas dispersées, mais hiérarchisées¹⁷. Dès lors, parce que les normes juridiques ne sont pas juxtaposées, mais coordonnées, chacune étant liée aux autres, le tout formant un ordre – ou système – normatif¹⁸, se trouve ainsi favorisée l'émergence d'un système juridictionnel. Le « réseau » de normes appelle un « réseau » de juges, les deux participant de la structuration d'une logique contentieuse commune.

Ce phénomène s'explique ensuite par l'intérêt qui est celui de chaque juge de coopérer avec les autres. La tendance naturelle de tout organisme est, en effet, de « donner un champ aussi étendu que possible à sa mission et aux moyens utiles à la remplir¹⁹ », de la même manière qu'au XVIII^e siècle Montesquieu relevait que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites²⁰ ». Il s'agit là de la « première loi de la Science constitutionnelle²¹ », qui veut que toute institution soit mue

15. Jacques Meunier, *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel – essai d'analyse stratégique*, Bruylant, LGDJ, 1994, spéc. p. 310 *sq.*

16. Jacques Chevallier, « L'ordre juridique », *Le Droit en procès*, PUF, Curapp, 1983, p. 7.

17. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, trad. fr. de la 2^e éd. par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 299.

18. Lequel pourra être confronté à d'autres systèmes normatifs. Il y aura alors conflit de systèmes. Voir par ex. Éric Agostini, *L'Application des règles de conflit étrangères et les Conflits de systèmes en droit international privé*, thèse, Bordeaux I, 1975.

19. Georges Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 1, 1996, p. 63.

20. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XI, chap. IV, GF-Flammarion, 1979, p. 293.

21. Olivier Duhamel, « Les logiques cachées de la Constitution de la V^e République », *RFSP*, 1984, p. 623 *sq.*

par l'envie de croître²², ce qui est particulièrement vrai pour les juridictions, car, dans les États de droit modernes, l'incontestable « montée en puissance » et en légitimité des juges, les conduit à se constituer en un véritable « pouvoir juridictionnel ». Cette volonté de croître pourrait toutefois conduire le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation à devenir plus concurrents que partenaires, et ainsi à s'ignorer largement, si chacun considérait qu'il en va de son intérêt.

Mais, si les juges prennent l'habitude de trop s'ignorer, ils encourrent le risque de s'affaiblir mutuellement. La construction du système *naît donc de cette nécessité* pour chaque juge, afin de pouvoir étendre son influence, de coopérer – jusqu'à un certain point – avec les autres.

Il en découle que si l'on peut, *a priori*, ne voir aucun *ordre* dans l'action des juges ou, plus exactement, un ordre différent de celui attendu, et donc perçu comme inexistant, comme absence d'ordre ou désordre²³, l'analyse systémique permet de déceler une organisation où se croisent dialogue et compétition entre les acteurs.

Il convient, à présent, d'illustrer notre propos, à travers la question de l'autorité des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel sur les cours administratives et judiciaires.

45

ILLUSTRATION DE L'IDÉE DE SYSTÈME JURIDICTIONNEL

Les juges ordinaires, juges de l'application de la loi, sont de plus en plus souvent, avec le développement du nombre de décisions de conformité rendues sous réserve d'interprétation, les juges de l'application de la loi *contrôlée par le Conseil constitutionnel*.

Cependant, le phénomène n'est pas univoque : si, de leur côté, les juges ordinaires exécutent les décisions du Conseil constitutionnel, conformément aux prescriptions de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, et prennent largement en compte sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel, pour sa part, et sans qu'aucune obligation juridique ne pèse sur lui, prend aussi largement en considération leurs solutions. À cette occasion, des interactions naissent entre les juges. Dialogue et compétition amènent ainsi les juges à dépasser le cadre du texte consti-

22. D'une manière générale, Bertrand de Jouvenel, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Les Éditions du Cheval ailé, Constant Bourquin éditeur, Genève, 1945, spéc. p. 151 sq.

23. Henri Bergson, *L'Évolution créatrice*, PUF, « Quadrige », 7^e éd., 1996, p. 224.

tutionnel. C'est le cas lorsque le Conseil constitutionnel est conduit à se rapprocher de la jurisprudence des juges ordinaires pour assurer la réception de ses solutions par ces derniers.

Cette situation s'explique par le rôle limité de l'article 62 de la Constitution, autant pour l'exécution des décisions que pour la prise en compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Concernant les décisions, si l'article 62 dispose en son alinéa 2, que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », cette obligation n'est toutefois assortie d'aucune technique particulière permettant d'en garantir l'application. Il en résulte que si l'obligation juridique existe, la faiblesse des moyens de sanction disponibles laisse une liberté certaine aux juges ordinaires pour ne pas exécuter les décisions du Conseil constitutionnel. La situation est encore plus nette concernant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisque l'article 62 ne constitue en aucun cas une obligation juridique pour les juges ordinaires de prendre en compte la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Cette absence de mécanismes juridiques permettant de contraindre les juges ordinaires à exécuter les décisions du Conseil constitutionnel, ou à prendre en compte sa jurisprudence, conduit alors le Conseil, par nécessité, à se rapprocher des jurisprudences administrative et judiciaire. Ensuite, il appartient aux cours administratives et judiciaires d'appliquer (ou non) les solutions du Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel se rapproche des jurisprudences administrative et judiciaire

En 1958, le Conseil constitutionnel n'apparaît pas dans un désert juridique. Bien avant lui, tout un appareil conceptuel a été mis en place, de sorte qu'à son arrivée il est face à des règles juridiques dégagées à travers le temps, des règles construites patiemment, fruits de l'expérience, d'essais et d'erreurs rectifiées²⁴.

Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel se doit de composer avec le Conseil d'État et la Cour de cassation, sous peine d'« entretenir une guérilla inutilement perturbatrice de l'ordre juridique²⁵ ».

24. Christian Atias, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, p. 438.

25. Franck Moderne, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 72.

C'est pourquoi il opte pour une position sage et prudente consistant à ne pas ignorer la jurisprudence antérieure, pour ensuite pouvoir inscrire, autant que possible, ses décisions dans le sens de celles des juges administratifs et judiciaires. L'effet d'antériorité²⁶ incite donc le Conseil à se ranger derrière les solutions dégagées avant lui par les juges ordinaires.

Cette attitude se justifie d'autant mieux que c'est en inscrivant ses décisions dans le sens de celles des juges ordinaires, que le Conseil constitutionnel favorisera l'exécution de ses propres décisions et affirmera son pouvoir juridictionnel²⁷. Sauf à vouloir développer une jurisprudence autonome, ignorée par les juridictions ordinaires, le Conseil constitutionnel se trouve donc dans l'obligation de « formuler avec précaution ses évaluations des impératifs constitutionnels²⁸ ». La prise en considération des notions et des concepts dégagés par les juges ordinaires à l'occasion de leur activité juridictionnelle, voire consultative, est, en effet, un passage obligé pour l'exécution future de ses propres décisions et la réussite de son insertion dans l'ordre juridique.

C'est comme s'il y avait une présomption de légitimité constitutionnelle des jurisprudences administrative et judiciaire. Il y a là un effet *feed-back*, en ce sens que le Conseil emprunte des notions aux juges ordinaires qu'il leur renvoie une fois qu'elles ont été adaptées aux exigences constitutionnelles²⁹.

Ce mouvement conduit, en définitive, à ce que les décisions rendues par le Conseil constitutionnel ne soient pas isolées mais intégrées dans la grande chaîne des décisions de justice, la Constitution se trouvant alors interprétée à la lumière du droit existant. Il ne s'agit pas ici d'une remise en cause de sa supériorité juridique, mais de la confirmation qu'elle s'inscrit harmonieusement dans ce que l'on peut dénommer la tradition juridique, dont elle veille à maintenir la cohérence. Le Conseil constitutionnel, à qui il revient en premier lieu d'assurer l'unité de l'ordre juridique³⁰, fait alors vivre au niveau constitutionnel les jurisprudences administrative et judiciaire.

26. *Ibid.*, p. 76.

27. Jean Gicquel, *op. cit.*, p. 720.

28. Jacques Meunier, *op. cit.*, p. 334.

29. Voir par ex. Bruno Genevois, « Continuité et convergence des jurisprudences constitutionnelle et administrative », *RFDA*, 1990, p. 145, à propos de l'intérim du Premier ministre.

30. Franck Moderne, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 73.

*L'application des solutions du Conseil constitutionnel
par les cours administratives et judiciaires*

Lorsque les juges ordinaires appliquent une loi qui a été contrôlée par le Conseil constitutionnel, ils exécutent généralement la décision du Conseil constitutionnel qui porte sur cette loi, notamment en veillant au respect des réserves d'interprétation posées. De même, lorsque les juges ordinaires sont en présence d'une loi différente de celle contrôlée par le Conseil constitutionnel, ils respectent en principe l'interprétation émise par le Conseil à l'occasion du contrôle de cette loi antérieure et distincte. On dit alors que les juges ordinaires appliquent la jurisprudence ou doctrine du Conseil constitutionnel.

Dans tous les cas, la volonté des juges ordinaires est prépondérante.

48 On imagine mal en effet le Conseil d'État et la Cour de cassation, cours prestigieuses et souveraines, exécuter avec zèle des décisions du Conseil constitutionnel remettant en cause des jurisprudences solidement établies, alors même qu'elles n'encourent aucune sanction en les ignorant. Il en résulte que l'article 62 ne peut expliquer à lui seul l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel par les cours administratives et judiciaires, qui, pourtant, est une réalité. L'explication se trouve dans le dialogue interjuridictionnel, entamé par la prise en compte des notions des juges ordinaires par le Conseil constitutionnel. C'est en effet par un dialogue intensif entre le Conseil constitutionnel et les juges ordinaires que ceux-ci vont consentir à exécuter les décisions de celui-là. Le dialogue est d'autant plus perceptible qu'il ne se limite pas à l'exécution des décisions du Conseil constitutionnel, mais s'étend aussi à la prise en compte de sa jurisprudence, ce qui est étranger à l'article 62. La réception des solutions du Conseil constitutionnel est alors fonction de leur rapprochement avec les solutions des juges ordinaires.

Plus le Conseil marquera son attachement aux jurisprudences administrative et judiciaire, plus la Cour de cassation et le Conseil d'État seront attentifs et enclins à prendre en compte ses solutions.

Les juges administratifs et judiciaires attendent donc du Conseil constitutionnel, eu égard au niveau auquel il intervient, qu'il stabilise et renforce leurs jurisprudences ; que leurs notions, principes, concepts dégagés au cours du temps soient, par une sorte de « descendance constitutionnelle³¹ », revalorisés et protégés face au législateur.

31. Nous empruntons cette expression à Rony Abraham, concl. sur CE, sect., 7-10-1994, *Ministre de l'Intérieur c/ M^{lle} Ponnudurai*, AJDA, 1995, p. 49 sq.

Dans ce contexte systémique, plus le rapprochement est réel, c'est-à-dire lorsque le dialogue fonctionne, meilleure est la réception des solutions du Conseil constitutionnel. Inversement, moins le Conseil se rapproche des jurisprudences des juges ordinaires, moins bonne est la réception de ses solutions. Ici, c'est la compétition qui l'emporte. Cela témoigne du rôle prépondérant des juges ordinaires dans la prise en compte des solutions du Conseil constitutionnel.

*La bonne réception comme traduction
du rapprochement ou le dialogue entre les juges*

La qualité de la réception des décisions et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel repose sur sa capacité à rendre harmonieuses ses positions avec celles des cours administratives et judiciaires.

Le Conseil constitutionnel s'efforce ainsi de ne pas inscrire ses solutions en opposition avec celle des autres juges, et c'est là, « certainement, le secret de la réussite³² ». Le Conseil d'État et la Cour de cassation prennent, en effet, d'autant mieux en compte les solutions du Conseil constitutionnel que celles-ci leur sont utiles et profitables ; c'est la condition *sine qua non* d'une bonne prise en compte.

Par exemple, le Conseil d'État est d'autant plus réceptif à la consécration constitutionnelle que celle-ci vient protéger son domaine de compétence, notamment face au juge judiciaire en matière de garantie des droits et libertés fondamentaux³³. La réception des principes constitutionnels répond donc moins à une obligation posée par l'autorité des décisions du Conseil, qu'à une vaste entreprise de légitimation³⁴, le juge administratif trouvant dans la jurisprudence constitutionnelle le moyen de rehausser son action.

De même, la Haute Juridiction de l'ordre judiciaire réceptionne d'autant plus facilement les solutions prônées par le Conseil constitutionnel qu'elles se trouvent en harmonie avec sa jurisprudence, qui est ainsi confortée³⁵. Autrement dit, plus les solutions du Conseil « serviront des fins que le juge judiciaire estimera opportunes et appropriées, plus la réception pourra s'opérer³⁶ ».

32. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 5^e éd., 1999, p. 167.

33. Stéphane Mouton, *La Constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, thèse, Toulouse, 1998, t. II, p. 724.

34. *Ibid.*

35. Bruno Genevois, « L'influence du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 49, 1989, p. 53 ; Joël Monéger, « Droit constitutionnel et droit privée », *RIDC-JSLC*, 1995, p. 305 *sq.*

36. Nicolas Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le Droit privé*, LGDJ, 1997, p. 530.

C'est ainsi que dans les arrêts du 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic*, présentés comme les premières manifestations éclatantes de la prise en compte par la Cour de cassation des solutions dégagées par le Conseil, il convient de relever qu'est appliquée une jurisprudence constitutionnelle confortant le rôle de la juridiction judiciaire en matière d'atteintes aux libertés individuelles. C'est donc parce qu'elle en tire profit que la Cour de cassation, sans se soucier réellement de savoir si une obligation juridique pèse sur elle, accepte de se lier indifféremment aux décisions et à la jurisprudence constitutionnelles. On peut dès lors parler d'une adhésion éclairée aux solutions du Conseil et à la constitutionnalisation du droit privé³⁷.

La mauvaise réception comme traduction

50

de l'absence de rapprochement ou la compétition entre les acteurs

Cette situation n'est, heureusement, pas fréquente, en raison de la vigilance du Conseil constitutionnel qui s'efforce, comme nous venons de le voir, de prendre en considération les jurisprudences ordinaires.

Toutefois, lorsque le Conseil constitutionnel rend une décision qui va à l'encontre des positions clairement exprimées ou même sous-jacentes des juges ordinaires, s'établissent une compétition et un rapport de forces qui peuvent aboutir à une divergence persistante entre les juges, comme ce fut le cas entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État à propos de la question du silence gardé par l'administration, correspondant, pour le premier, à une décision de rejet et, pour le second, à une décision d'acceptation³⁸.

En tout état de cause, les juges administratifs et judiciaires prennent d'autant moins en considération les solutions du Conseil qu'elles contredisent leurs positions initiales. Peu importe à ce sujet qu'il s'agisse d'une décision ou d'une jurisprudence. On assiste alors à un dialogue de sourds.

Si ces refus de prise en compte des solutions du Conseil constitutionnel ne s'expriment que très rarement au « grand jour », il arrive cependant que ceux-ci soient décelables. Les juges pourront ainsi, et par exemple, se référer à une jurisprudence du Conseil constitutionnel tout

37. Agnès Sauviat-Canin, *La Jurisprudence judiciaire et les Décisions du Conseil constitutionnel*, thèse, Limoges, 1993, p. 518.

38. Voir la décision *Protection des sites*, 69-55 L, 26-6-1969, et l'arrêt *Commune de Bozas*, 27-2-1970.

en la déformant, la dénaturant au moment de son application, ce qui est plus discret et tout aussi efficace³⁹.

Les juges doivent toutefois veiller à ne pas aller trop loin dans la compétition, ayant intérêt à harmoniser leurs positions, particulièrement en matière de répartition des compétences. Les pouvoirs publics pourraient, en effet, être tentés de manœuvrer afin de faire intervenir celui des juges qui leur est le plus favorable, et ainsi « exploiter à leur profit l'éclatement du système de contrôle⁴⁰ ». Dans ces conditions, il est bien certain que l'intérêt des juges est d'aboutir à une concordance jurisprudentielle.

Aussi, en matière de répartition des compétences entre la loi et le règlement, comme en matière de protection des droits fondamentaux, la tendance générale est à la recherche de complémentarité⁴¹, chaque juge ayant la volonté de ne pas se trouver en porte à faux vis-à-vis des autres⁴². Dans ces conditions, plus le Conseil constitutionnel aura pris en considération la jurisprudence des juges ordinaires, meilleure sera la réception de ses solutions.

51

En conclusion, la réception des solutions du Conseil constitutionnel par les juges ordinaires doit surtout au dialogue qui se noue entre ces juges de la constitutionnalité. Dès lors, la raison principale de la réception des solutions constitutionnelles par les juges ordinaires – décisions et jurisprudence – n'est pas à rechercher dans le texte même de la Constitution, mais dans les rapports interactifs ou systémiques qu'entretiennent les différentes juridictions.

Se dégage alors, et nonobstant les niveaux différents auxquels interviennent les juges, un *corpus* homogène de solutions, chaque juge évitant au maximum d'entrer en conflit avec les autres. Il devient ainsi difficile pour les juges de s'éloigner de la solution du juge qui s'est exprimé

39. Voir par ex. Cass. crim., 89-82.280, 15-10-1990, décision dans laquelle la Haute Cour définit la notion de domicile différemment du Conseil constitutionnel dans sa décision 83-164 DC, 29-12-1983, *Rec.*, p. 67.

40. Jacques Meunier, *op. cit.*, p. 314.

41. Franck Moderne, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, LGDJ, Montchrestien, spéc. p. 319 *sq.*

42. Des divergences trop marquées mettant en outre « en péril l'ordre juridique voulu par la Constitution » (R. Odent, *Contentieux administratif*, fasc. I., 1977, p. 257, cité par Franck Moderne, *ibid.*).

le premier. En témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 octobre 2001 qui, en refusant de casser l'arrêt de la chambre de l'instruction de Paris – laquelle avait déclaré le 29 juin 2001 les juges d'instruction incompétents conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999⁴³ –, a consacré l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel et confirmé l'incompétence des juges ordinaires pour juger le président de la République⁴⁴.

Les différents contrôles se trouvent ainsi intimement liés les uns aux autres par une *chaîne* jurisprudentielle aboutissant à l'harmonisation des solutions, chaque juge veillant à inscrire ses décisions dans la cohérence globale qui se met en place⁴⁵.

52 Le dialogue l'emporte alors sur la compétition, ce qui n'a du reste rien de surprenant car si les juges ont, initialement, la maîtrise de leur participation au système, celle-ci ensuite leur échappe, le système ayant sa propre logique de développement, de nature à transcender la volonté des acteurs⁴⁶.

43. 98-408 DC.

44. Voir Louis Favoreu, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la responsabilité pénale du président de la République », *Dalloz*, 2001, p. 3365 *sq.*

45. Voir Ronald Dworkin, « La chaîne du droit », *Droit et Société*, 1985, n° 1, p. 51 *sq.*, qui compare les juges à des écrivains collaborant à la rédaction d'un roman collectif, en écrivant l'un après l'autre un chapitre.

46. Sur la relation entre le système et ses acteurs, Michel Crozier et Erhard Friedberg, *L'Acteur et le Système*, Seuil, 1977.

R É S U M É

L'histoire des relations entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation est celle de la construction d'un système juridictionnel, plus précisément celle d'un système juridictionnel de contrôle de la constitutionnalité, la Constitution étant, en effet, le terrain privilégié de cette rencontre. Loin de s'ignorer lorsqu'ils effectuent leurs contrôles respectifs, les juges entretiennent ainsi des rapports tels que leurs contrôles se trouvent intimement liés. Il n'est donc plus possible d'envisager l'action d'un juge sans celle des autres, le système apparaissant alors comme l'instrument de compréhension des relations interjuridictionnelles.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT SUPRANATIONAL

LA QUESTION DE LA CONFRONTATION du Conseil constitutionnel et du droit supranational se résume à celle de la rencontre du juge constitutionnel avec les normes et engagements internationaux. En l'absence de normes supraconstitutionnelles¹, il n'y a aucune limite au pouvoir constituant sous réserve des limitations touchant aux périodes au cours desquelles la Constitution ne peut être révisée et de l'interdiction de modifier la forme républicaine du gouvernement.

53

La Constitution de 1958 donne plusieurs occasions de rencontre entre le Conseil constitutionnel et le droit international. Le Conseil intervient essentiellement au moment de l'introduction des normes de droit international en droit interne. Mais son rôle ne s'arrête pas là et le juge constitutionnel est amené aussi à connaître de l'application du droit international en droit interne.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET L'INTRODUCTION DES NORMES DE DROIT INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE

Le contrôle de la conformité des normes de droit international à la Constitution

Le système français connaît une procédure de prévention des conflits entre les traités et la Constitution. Le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux peut intervenir selon deux procédures

1. Bruno Genevois, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, p. 909.

différentes, ouvertes par les articles 54 et 61 de la Constitution. La voie de l'article 54, qui permet de saisir le Conseil d'un traité avant sa ratification ou son approbation, a longtemps été considérée comme la voie normale. Les titulaires du droit de saisine étaient à l'origine limités au président de la République, au Premier ministre et au président de l'une des assemblées parlementaires. Mais le Conseil a estimé qu'il pouvait également être saisi, dans les conditions fixées par le deuxième alinéa de l'article 61, c'est-à-dire aussi par 60 députés et sénateurs, d'un recours dirigé contre la loi votée par le Parlement et autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international et qu'il était habilité à cette occasion à vérifier la conformité dudit engagement à la Constitution², sous la réserve classique que la loi autorisant la ratification du traité n'ait pas été adoptée par voie de référendum³. Par la suite la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 a aligné, quant aux titulaires du droit de saisine, le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux (article 54) sur celui des lois (article 61) et privé de ce fait d'une partie de son intérêt la seconde voie qui n'offre pas la même souplesse. Le Conseil ne peut en effet être saisi, par la voie de l'article 61, qu'après le vote et avant la promulgation de la loi autorisant la ratification alors que pour l'article 54 aucun délai n'est explicitement prévu.

Lorsqu'il est saisi d'un engagement international, le Conseil constitutionnel procède à un examen qui est nécessairement exhaustif, et ce quels que soient les termes de la saisine⁴. À défaut, il ne mettrait pas le pouvoir constituant en mesure de permettre la ratification du traité en résorbant l'ensemble des incompatibilités que celui-ci présente avec la Constitution. Et le Conseil doit confronter l'engagement dont il est saisi à l'ensemble des normes constitutionnelles applicables.

La notion d'engagement international

Le contrôle de la conformité des engagements internationaux à la Constitution ne concerne qu'une partie des conventions internationales passées par la France. Seuls en effet sont susceptibles de faire l'objet d'un tel contrôle les engagements qui nécessitent, avant leur ratification ou leur approbation, une autorisation du Parlement, c'est-à-dire ceux visés par l'article 53 de la Constitution. Telle est du moins

2. Inaugurée par la décision 80-116 DC (17-7-1980, *Rec.*, p. 36), cette jurisprudence a été plusieurs fois confirmée, notamment par la décision 83-160 DC (19-7-1983, *Rec.*, p. 43).

3. 92-313 DC, 23-9-1992, *Rec.*, p. 94.

4. 92-308 DC, 9-4-1992, *Rec.*, p. 55, et 97-394 DC, 31-12-1997, *Rec.*, p. 344.

l'interprétation doctrinale dominante, à ce jour jamais démentie par le Conseil constitutionnel. Le gouvernement peut sans doute de son plein gré solliciter l'autorisation du législateur avant qu'il soit procédé à la ratification ou à l'approbation d'un traité ou d'un accord. L'article 54 n'exclut nullement une telle interprétation. Il reste que de nombreuses conventions internationales conclues par la France échappent au contrôle de conformité à la Constitution, parce qu'elles n'entrent pas dans l'énumération de l'article 53 de la Constitution ou parce que le gouvernement n'envisage pas de saisir le législateur.

Mais en même temps on observe que le juge constitutionnel a une conception large de l'engagement international et n'hésite pas à placer sous cette appellation des sources écrites du droit international, tels certains actes unilatéraux des organisations internationales ou communautaires qui ne sont des engagements internationaux qu'au second degré, en ce sens qu'ils sont édictés sur la base d'engagements internationaux, sous forme de traités et d'accords, déjà ratifiés par la France. Le Conseil a ainsi considéré que des mesures d'application des traités communautaires, dès lors que les traités imposent qu'elles soient prises conformément avec les règles constitutionnelles respectives des États membres, doivent être juridiquement assimilées, au regard des articles 53 et 54, à des engagements internationaux⁵. Le Conseil a adopté une solution identique à propos de la décision du Conseil des Communautés du 20 septembre 1976 et d'un acte annexé, concernant l'élection de l'Assemblée des Communautés européennes au suffrage universel direct⁶. Ces solutions s'expliquent par le fait que ces actes pris pour la mise en œuvre de traités devaient eux-mêmes être ratifiés pour entrer en vigueur en droit interne.

55

Cette extension connaît néanmoins un certain nombre de limites.

– Une première limite est liée au caractère normatif des actes en cause. Le Conseil a refusé d'assimiler à un traité ou à un accord international une résolution ne produisant pas d'effets juridiques comme celle du Conseil européen du 5 décembre 1978 prévoyant l'instauration, à compter du 1^{er} janvier 1979, du système monétaire européen et qui en trace les grandes orientations⁷.

5. 70-39 DC, 19-6-1970, *Traité des Communautés européennes*, *Rec.*, p. 15.

6. 76/787/CECA, CEE, Euratom, 20-9-1976, et 76-71 DC, 30-12-1976, *Rec.*, p. 15.

7. 78-99 DC, 29-12-1978, *Rec.*, p. 36.

Une deuxième limite tient à l'absence de nécessité d'une approbation ou d'une autorisation législative. Le Conseil a refusé de considérer comme soumis au régime constitutionnel des traités et accords internationaux les décisions du Fonds monétaire international du 22 mars 1976 relatives à la quote-part des États membres, notamment de la France, et à la réforme des statuts du fond, au motif que ces décisions pouvaient régulièrement résulter de la mise en œuvre par les organes du Fonds des pouvoirs que leur reconnaissent les statuts de celui-ci auxquels la France a adhéré et qu'une procédure d'approbation sur autorisation législative dans les conditions prévues par l'article 53 n'était pas nécessaire⁸. Le même raisonnement devrait conduire à considérer que hormis le cas particulier où elles doivent être prises conformément aux règles constitutionnelles des États membres⁹, ne sont pas non plus soumises au régime constitutionnel des traités et accords nationaux les normes de droit communautaire dérivé.

56

Autre limite, le Conseil a considéré que ne pouvait être assimilée à un traité ou un accord international une convention conclue entre deux sujets de droit dont l'un ne dispose pas du droit de conclure un traité. Il a ainsi jugé, à propos d'une convention fiscale conclue entre la République française et le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie, qu'il s'agissait d'un acte de pur droit interne et que son approbation par une loi, même si elle peut s'inspirer de certaines stipulations habituelles dans les traités internationaux, ne saurait en rien lui conférer un quelconque caractère international¹⁰. En revanche, constituent des accords internationaux soumis aux articles 52 et 53 de la Constitution les engagements dont la loi a permis la conclusion entre le territoire de la Polynésie française, dans les domaines de la compétence de l'État ou du territoire, et un ou plusieurs États, territoires ou organismes régionaux du Pacifique ainsi que les organismes régionaux dépendant des institutions spécialisées des Nations unies, dans la mesure où le président du gouvernement de la Polynésie française a reçu des autorités de la République les pouvoirs appropriés pour négocier et signer les accords en cause¹¹. Cette faculté a par la suite été étendue aux départements et régions d'outre-mer¹².

8. 78-93 DC, 29 avril 1978, *FMI, Rec.*, p. 23.

9. Voir note 4 *supra*.

10. 83-160 DC, 19-7-1983, *Rec.*, p. 43.

11. 96-373 DC, 9-4-1996, *Rec.*, p. 43.

12. 2000-435 DC, 7-12-2000, *Rec.*, p. 164.

Enfin, le contrôle ne peut porter que sur des engagements internationaux qui, appelant une intervention du législateur, ne sont pas encore introduits dans l'ordre interne. Une fois qu'ils sont introduits dans l'ordre juridique interne, les engagements internationaux ne peuvent plus donner lieu à un contrôle de constitutionnalité. Comme pour les lois, le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux se limite donc à un contrôle *a priori*.

Le contrôle du juge constitutionnel

Aux termes du Préambule de la Constitution de 1958, « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ». L'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ». Le 15^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 énonce de son côté que « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Enfin l'article 3 de la Constitution énonce que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ».

57

C'est en fonction des principes ainsi posés qu'a été appréhendé par le Conseil constitutionnel le point de savoir si des engagements internationaux n'étaient pas contraires à la Constitution.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le respect de la souveraineté nationale a évolué. Dans un premier temps le Conseil a établi une opposition marquée entre limitations et transferts de souveraineté. Dans sa décision du 30 décembre 1976 relative à l'élection de l'Assemblée européenne au suffrage universel direct, le Conseil a pris sur ce point une position de principe : « Si le Préambule de la Constitution de 1946, confirmé par celui de la Constitution de 1958, dispose que, sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, aucune disposition de nature constitutionnelle n'autorise des transferts de tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation internationale que ce soit¹³. »

13. 76-71 DC, 30-12-1976, *Rec.*, p. 15.

Par la suite le Conseil constitutionnel s'est montré sensible aux critiques formulées contre cette position par les spécialistes de droit européen et international. La distinction entre limitations et transferts de souveraineté n'a de sens que s'il s'agit de transférer des compétences d'un organe national à un organe international, mais n'est que de peu d'utilité dans les autres cas. D'où l'utilisation par le Conseil constitutionnel de la formule plus générale de l'atteinte aux « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté », qui peut s'appliquer à des situations sans transfert de compétence. La décision du 22 mai 1985 relative au Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'abolition de la peine de mort témoigne de cette évolution : le Conseil y introduit pour la première fois la notion d'atteinte aux « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale¹⁴ ». Dans la première décision relative au traité de Maastricht, le Conseil a fait application à trois reprises du critère tiré de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale¹⁵. Il en a à nouveau fait application dans la décision relative au traité d'Amsterdam.

Mais l'utilisation de ces formules ne doit pas occulter le fait que, dès le début, le Conseil constitutionnel a aussi vérifié la compatibilité des clauses des engagements internationaux avec des dispositions précises de la Constitution. Le Conseil a ainsi invoqué : les articles 34 et 53 de la Constitution dans la décision du 19 juin 1970¹⁶ ; les articles 2, 3, 23 et 34 de la Constitution dans la décision du 30 décembre 1976¹⁷ ; le 4^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (droit d'asile) et l'article 64 de la Constitution dans la décision du 17 juillet 1980¹⁸ ; les 4^e et 11^e alinéas du Préambule de 1946 et l'article 2 de la Constitution dans la décision du 25 juillet 1991 relative à la convention d'application de l'accord de Schengen¹⁹ ; les articles 3, 20, 34, 53, 54 et 72 de la Constitution dans les décisions des 9 avril et 2 septembre 1992 relatives au traité de Maastricht²⁰ ; les articles 26, 68 et 68-1 de la Constitution dans la décision du 22 janvier 1999 relative à la Cour pénale internationale²¹ ; enfin les articles 1 et 2 de la Constitution et l'article 11 de la Déclaration des

14. 85-188 DC, 22-5-1985, *Rec.*, p. 15.

15. 92-308 DC, 9-4-1992, *Rec.*, p. 55.

16. 70-41 DC, 19-6-1970, *Rec.*, p. 29.

17. 76-71 DC, 30-12-1976, *Rec.*, p. 15.

18. 80-116 DC, 17-7-1980, *Rec.*, p. 36.

19. 91-294 DC, 25-7-1991, *Rec.*, p. 91.

20. 92-308 DC, 9-4-1992, *Rec.*, p. 55, et 92-312 DC, 2-9-1992, *Rec.*, p. 76.

21. 98-408 DC, 22-1-1999, *Rec.*, p. 29.

droits de l'homme et du citoyen dans la décision 99-412 DC du 15 juin 1999 concernant la charte européenne des langues régionales ou minoritaires²². Ceci éclaire la formule générale utilisée dans la décision du 9 avril 1992 : « Considérant qu'au cas où des engagements internationaux... contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale²³ ». La non-conformité à la Constitution d'un traité peut ainsi résulter soit d'une clause directement contraire à des principes ou règles de valeur constitutionnelle, soit de façon plus diffuse d'une atteinte portée aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Saisi à plusieurs reprises depuis 1970, le Conseil constitutionnel a considéré à quatre reprises qu'un engagement international était en partie incompatible avec la Constitution. Les traités en cause étaient le traité de Maastricht, le traité d'Amsterdam, le traité portant statut de la Cour pénale internationale et la charte européenne des langues régionales ou minoritaires²⁴. Lorsque le Conseil constitutionnel décèle dans un engagement international une ou plusieurs clauses contraires à une disposition constitutionnelle, l'article 54 de la Constitution subordonne l'autorisation de le ratifier ou de l'approuver à une révision constitutionnelle²⁵. La Constitution a été modifiée à trois reprises pour tirer les conséquences des décisions du Conseil : la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 a adjoint à la Constitution un titre XV, « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », qui comporte les articles 88-1 à 88-4 ; les articles 88-2 et 88-4 ont été modifiés par la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999 ; la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999 a introduit un article 53-2 autorisant la République à reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale. En l'absence de révision constitutionnelle, la charte européenne des langues régionales ou minoritaires n'a pu être ratifiée.

Les limites du contrôle de la conformité à la Constitution des engagements internationaux tiennent à ce que comme le contrôle de consti-

22. 412 DC, 15-6-1999, *Rec.*, p. 71.

23. 85-188 DC, 22-5-1985, relative au protocole additionnel n° 6 à la CEDH, *Rec.*, p. 15 ; 91-294 DC, 25-7-1991 sur la convention d'application de l'accord de Schengen, *Rec.*, p. 91 ; 92-308 DC, 9-4-1992 relative au traité de Maastricht, p. 55 ; 97-394 DC, 31-12-1997 relative au traité d'Amsterdam, *Rec.*, p. 344.

24. 92-308 DC, 9-4-1992, *Rec.*, p. 55 ; 97-394 DC, 31-12-1997, *Rec.*, p. 344 ; 98-408 DC, 22-1-1999, *Rec.*, p. 29 ; 99-412 DC, 15-6-1999, *Rec.*, p. 71.

25. 92-308, 9-4-1992, relative à Maastricht I, p. 55 ; 97-394, 31-12-1997 relative au traité d'Amsterdam, *Rec.*, p. 344.

tutionnalité des lois, ce contrôle est hypothétique et dépend d'une initiative discrétionnaire des autorités énumérées par les articles 54 et 61 de la Constitution. Elles tiennent également à ce que ce contrôle ne soit exercé qu'*a priori* : une fois un engagement international introduit en droit interne, sa conformité avec la Constitution ne peut plus être examinée, même si le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi en amont de la question de la conformité à la Constitution de cet engagement.

Il existe en revanche, sur un plan plus technique, un certain nombre de différences entre le contrôle de constitutionnalité des lois et le contrôle exercé sur les engagements internationaux.

60 En premier lieu, la technique de divisibilité des dispositions utilisée dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas transposable au contrôle des engagements internationaux : l'engagement international est un tout et une ratification ou une approbation partielle ne serait pas conforme avec les principes du droit international gouvernant l'élaboration et l'entrée en vigueur des traités et accords internationaux.

En deuxième lieu la technique des réserves d'interprétation ne peut trouver à s'appliquer lorsque le Conseil statue sur un traité, compte tenu de l'accord de volonté qui est à la base des engagements internationaux et des règles spécifiques de leur interprétation. Les réserves ne sont admissibles, en vertu des principes du droit international codifiés par la convention de Vienne, que lors de la signature, en aucune façon lors du dépôt des instruments de ratification. Le sens d'un engagement international échappe donc à la compétence du Conseil constitutionnel²⁶. Mais il n'est sans doute pas inenvisageable que le Conseil assortisse une décision relative à la constitutionnalité d'une loi de ratification ou d'approbation de réserves d'interprétation susceptibles de réagir sur l'interprétation du traité ou de l'accord par les organes de l'État²⁷.

En troisième lieu, la constitutionnalité d'un traité ne peut plus être remise en cause, même au travers du contrôle de constitutionnalité d'un traité modificatif. Le Conseil constitutionnel a écarté expressément la transposition aux engagements internationaux de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* (85-193 DC, 24-7-1985, *Rec.*,

26. Chron. Jean-Éric Schoettl sur la 97-394 DC relative au traité d'Amsterdam, *AJDA*, 1998 p. 136.

27. En ce sens voir Jean-François Lachaume, *Droit international et Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 46.

p. 61), qui permet le contrôle d'une loi promulguée à travers le contrôle de la loi qui en affecte le domaine d'application²⁸. Ce principe d'immunité juridictionnelle des traités ratifiés découle de la règle *Pacta sunt servanda* : dans l'ordre international, plus encore qu'ailleurs, la sécurité juridique doit être sauvegardée²⁹.

*Le contrôle de la régularité procédurale
de la conclusion des engagements internationaux*

L'article 55 de la Constitution énonce les conditions mises à l'introduction des engagements internationaux en droit interne et pose le principe de la suprématie des engagements internationaux sur les lois internes. Les conditions de l'introduction en droit interne sont au nombre de trois : les traités ou accords doivent avoir été régulièrement ratifiés ou approuvés, ils doivent avoir été publiés, enfin ils doivent être appliqués de manière réciproque.

61

a. Le contrôle sur la régularité procédurale de la conclusion des engagements internationaux n'est pas exercé à titre principal par le Conseil constitutionnel. En effet le juge constitutionnel ne dispose que de compétences d'attribution et aucun texte ne lui donne compétence à ce sujet. Le Conseil constitutionnel peut tout au plus connaître la question de façon incidente, à l'occasion de l'examen d'une saisine opérée sur le fondement des articles 54 et 61 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a néanmoins eu l'occasion de donner des indications importantes sur les modalités de la ratification et sur l'exigence de réciprocité.

Sur le plan procédural, le problème majeur posé par les dispositions de l'article 55 concerne la détermination des cas dans lesquels l'intervention du Parlement est requise pour autoriser la ratification d'un traité. Le 1^{er} alinéa de l'article 53 de la Constitution indique que l'autorité compétente pour ratifier le traité ou approuver l'accord doit y être autorisée par une loi dans le cas des traités de paix, de commerce, des traités ou accords relatifs à une organisation internationale, engageant les finances de l'État, modifiant des dispositions de nature législative, relatifs à l'état des personnes, comportant cession, échange ou adjonction de territoire. Le Conseil constitutionnel n'a pas eu à se prononcer

28. 92-308 DC, 9-4-1992, *Rec.*, p. 55, § 5 à 8.

29. Chron. Jean-Éric Schoettl, *op. cit.*

à propos de traités de paix ou de commerce ou relatifs à l'état de personnes, mais est intervenu pour les autres matières énumérées à l'article 53.

Il a ainsi précisé, à propos de l'expression traités ou accords « modifiant des dispositions de nature législative », qu'il n'est pas nécessaire que l'engagement modifie une loi existante, il suffit que certaines de ces dispositions portent sur des « matières de nature législative telles qu'elles sont définies à l'article 34 de la Constitution³⁰ ». Le Conseil a rappelé, à propos des traités et accords relatifs à une organisation internationale, la nécessité d'une loi pour que le président de la République puisse les ratifier ou les approuver : cette autorisation est suffisante sans qu'il soit besoin d'une révision constitutionnelle, même en cas de « création ou de développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décisions par l'effet de transferts de compétence consentis par les États membres », sous réserve que les traités ou accords comportent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté³¹. L'exigence d'une autorisation législative de ratification ou d'approbation est également requise pour les traités ou accords « qui comportent cession, échange ou adjonction du territoire ».

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs précisé la portée de l'exigence de réciprocité énoncée à l'article 55. L'exigence de réciprocité est réputée remplie, s'agissant d'un traité multilatéral, dès lors que le dernier État signataire a déposé son instrument de ratification³². La règle de réciprocité n'est pas une condition de la conformité des lois à la Constitution, mais affecte seulement la supériorité des traités ou accords sur les lois³³. En l'absence de réciprocité, les traités se trouvent en quelque sorte déclassés dans la hiérarchie des normes et peuvent être écartés par une loi contraire postérieure. Mais il est acquis que cette condition ne saurait jouer dans certaines hypothèses, lorsque compte tenu de l'objet de l'engagement international « les obligations nées s'imposent à chacun des États parties indépendamment des conditions de leur exécution par les autres parties ». Tel est notamment le cas, pour

30. 70-39, 19-6-1970 relative à la décision du Conseil des Communautés concernant les ressources des Communautés.

31. 92-308 DC, 9-4-1992, Maastricht I, *Rec.*, p. 55.

32. 92-308 DC, 9-4-1992, *Rec.*, p. 55, § 12.

33. 80-126 DC, 30-12-1980, Loi de finances pour 1980, *Rec.*, p. 53.

le Conseil constitutionnel, des traités souscrits en vue de favoriser la paix et la sécurité dans le monde, notamment des traités de protection des droits de l'homme³⁴, et du droit communautaire³⁵.

b. Ce sont les juridictions judiciaires et administratives qui exercent à titre principal le contrôle sur la régularité procédurale de la conclusion des engagements internationaux.

Le contrôle de la condition de publication s'est imposé avec une certaine évidence, le juge ne pouvant admettre l'opposabilité aux citoyens d'une convention internationale génératrice de droits et d'obligations à leur égard et qui n'aurait pas été l'objet d'une publication régulière. Le Conseil d'État a ainsi admis depuis longtemps la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un décret portant publication d'un traité³⁶. Il considère qu'un accord international n'est pas susceptible de produire des effets de droit sur le territoire français s'il n'a pas été publié en France³⁷ ou encore s'il n'a pas fait l'objet d'un mode de publication régulier³⁸. Ces principes s'appliquent de la même façon à la décision de suspension de l'application d'un traité³⁹. Enfin le Conseil d'État déclare nul et de nul effet un rectificatif apporté à un décret de publication qui ne correspond pas à l'original du décret de publication et, n'étant pas revêtu des signatures apposées sur celui-ci, n'a pu régulièrement la modifier⁴⁰.

Pour ce qui concerne la condition de ratification ou d'approbation, les juridictions ordinaires sont restées longtemps réticentes à exercer un tel contrôle. Le Conseil d'État a dans un premier temps jugé que si un recours pour excès de pouvoir est susceptible d'être exercé contre le décret de publication, l'acte de ratification d'un traité n'est pas susceptible, en raison de sa nature, d'être déféré au juge⁴¹. Par la suite, il a accepté de contrôler l'existence d'une ratification mais, implicitement, s'est refusé à vérifier le cas échéant l'intervention d'une autorisation par-

34. 98-408 DC, 22-1-1999 relative à la cour pénale internationale, *Rec.*, p. 29, § 12.

35. 98-400 DC, 20-5-1998, *Rec.*, p. 251, § 5.

36. CE, 5-2-1926, *Dame Caraco*, p. 125, et CE, 13-3-1961, *André et Société des tissages Nicolas Gaimant*, p. 154.

37. CE, sect., 13-7-1961, *Société indochinoise d'électricité*, p. 519.

38. CE, 30-10-1964, *Société Prosagor et autres*, p. 496; 23-12-1981, *Commune de Thionville et autres*, p. 484.

39. CE, ass., 18-12-1992, *Préfet de la Gironde c/ Mahmedi*, *Rec.*, p. 446, concl. F. Lamy.

40. CE, 16-3-1966, *Cartel d'action morale et sociale*, p. 211.

41. CE, 5-2-1926, *Dame Caraco*, p. 125.

lementaire⁴². Puis, par une récente décision d'assemblée du 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*⁴³, le Conseil d'État, revenant sur sa jurisprudence traditionnelle, s'est reconnu le droit de vérifier la régularité de la ratification ou de l'approbation des traités et accords invoqués devant lui, de même qu'il en contrôle la publication. Le juge administratif est ainsi amené à vérifier si la ratification d'un traité appartenant à l'une ou l'autre des catégories énumérées à l'article 53 a bien été autorisée par le Parlement et, en cas de réponse négative, à annuler le décret de publication⁴⁴. Le Conseil d'État vient même d'admettre qu'à l'occasion d'un litige où est en cause l'application d'un traité ou d'un accord international, une partie puisse se prévaloir de la circonstance que ce traité ou accord n'aurait pas été ratifié ou approuvé dans le respect des dispositions de l'article 53 de la Constitution, alors que le délai de recours contre le décret de publication de ce traité ou accord est expiré (Ass., 5 mars 2003). Ce contrôle se heurte toutefois à une limite naturelle lorsque la ratification a été autorisée en vertu d'une loi : dans cette hypothèse, la loi de ratification fait écran au contrôle de constitutionnalité du décret de publication. Le Conseil d'État a ainsi, dans une décision récente, écarté une série de moyens invoqués devant lui qui, tirés de l'inconstitutionnalité du décret de publication attaqué, tendaient nécessairement à lui faire apprécier la constitutionnalité de la loi autorisant la ratification du traité⁴⁵.

Enfin en ce qui concerne la troisième condition posée par l'article 55 de la Constitution à la supériorité des traités sur les lois, celle qui touche à la réciprocité, elle fait toujours l'objet de questions préjudicielles au ministère des Affaires étrangères⁴⁶. Cette retenue du juge surprend aujourd'hui. Comme le suggérait le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sous la décision *SARL du Parc d'activités de Blotzheim*, la décision rendue par l'assemblée devrait conduire à poser la question de la pérennité de la jurisprudence *Rekhou*. La décision du Conseil

42. Ass., 16-11-1956, *Villa*, p. 133 ; 11-4-1962, *Société Savana et Société des établissements textiles de Modeliapertb*, p. 261.

43. Rec., p. 483, concl. G. Bachelier, *RFDA*, 1999, p. 315 ; chron. F. Raynaud et P. Fombeur, *AJDA*, 1999, p. 127.

44. 23-2-2000, *M. Bamba Dieng et autres*, p. 72, pour un accord international modifiant des dispositions de nature législative au sens des dispositions de l'article 53.

45. 8-7-2002, *Commune de Porta*, à paraître au *Recueil*, chron. F. Donnat et D. Casas, *AJDA*, 2002.

46. CE, ass., 29-5-1981, *Rekhou*, p. 220 ; *RDP*, 1981, p. 1707, concl. J.-F. Théry ; *AJDA*, 1981, p. 485, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre ; confirmé récemment par ass., 9-4-1999, *M^{me} Chevrol-Benkeddach*, p. 115.

d'État qui a récemment confirmé cette jurisprudence⁴⁷ a d'ailleurs donné lieu à une récente condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, toujours pendante devant la Cour⁴⁸.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL
ET L'APPLICATION DES NORMES DE DROIT
INTERNATIONAL EN DROIT INTERNE

*Le Conseil constitutionnel et la primauté
des normes de droit international sur les normes législatives*

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, formulée dans la décision du 15 janvier 1975⁴⁹, est simple : les normes internationales ne font pas partie du bloc de constitutionnalité. Le Conseil considère qu'une loi contraire à un traité n'est pas pour autant contraire à la Constitution et que, dans ces conditions, il ne lui appartient pas, « 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 ». Le Conseil constitutionnel, en tant que juge constitutionnel, a toujours maintenu cette position. La motivation de ses décisions en la matière a cependant changé. Le Conseil, sans doute sensible aux réserves suscitées par la décision de 1975, n'a jamais repris le passage de cette décision où il énonce que la supériorité des traités sur les lois affirmée par l'article 55 de la Constitution « présente un caractère relatif et contingent, tenant d'une part à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et d'autre part à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des États signataires et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition ». Le Conseil se borne à constater que « s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international⁵⁰ ».

Ce n'est que lorsque la Constitution exige un tel contrôle que le Conseil constitutionnel accepte de l'assurer. Cette hypothèse s'est réalisée en 1998 à l'occasion du contrôle de la loi organique déterminant

47. Ass., 9-4-1999, *Mme Chevrol-Benkeddach*, précité.

48. CEDH, 13-2-2003, *Chevrol c/ France*, req. 49636/99.

49. 74-54 DC, 15-1-1975, *Rec.*, p. 19.

50. 89-268 DC, 29-12-1989, Loi de finances pour 1990, *Rec.*, p. 110.

les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994. La décision relève que « l'article 88-3 de la Constitution a expressément subordonné la constitutionnalité de la loi organique prévue pour son application à sa conformité aux normes communautaires ; en conséquence il résulte de la volonté même du constituant qu'il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que la loi organique prévue par l'article 88-3 de la Constitution respecte tant le paragraphe 1^{er} de l'article 8B précité du traité instituant la Communauté européenne, relatif au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales, que la directive du 19 décembre 1994 prise par le Conseil de l'Union européenne pour la mise en œuvre de ce droit⁵¹ ». Ce contrôle se réalise, ainsi que le montre la décision, aussi bien par rapport au traité que par rapport au droit communautaire dérivé.

À l'exception de ce cas très particulier, ce sont les juges ordinaires qui assurent la suprématie du droit international sur le droit interne, à travers le contrôle de conventionnalité qu'ils assurent sur les lois. Le juge judiciaire et le juge administratif procèdent à un contrôle de compatibilité des lois avec les engagements internationaux et doivent écarter la loi qui serait contraire à un traité même si elle est postérieure à la convention internationale. La Cour de cassation s'est rangée rapidement à cette solution à travers sa décision *Administration des douanes c/ Société cafés Jacques Vabre* du 24 mai 1975⁵². Le Conseil d'État s'est rallié plus tardivement à ce principe, par la décision *Nicolo* du 20 octobre 1989⁵³. Le Conseil constitutionnel adopte de son côté la même position lorsqu'il statue non pas en sa qualité de juge constitutionnel, mais comme juge électoral⁵⁴.

L'exercice de ce contrôle de conventionnalité est susceptible de créer des interférences avec le contrôle de constitutionnalité opéré par le Conseil constitutionnel. Ces interférences résultent de ce que le juge administratif et le juge judiciaire peuvent être saisis de la question de la conventionnalité d'une loi déclarée conforme à la Constitution. Elles sont essentiellement susceptibles de se poser lorsque sont en cause des

51. 98-400 DC, 20-5-1998.

52. Ch. mixte, *D*, 1975, p. 497, concl. Touffait.

53. Ass., *Rec.*, p. 190.

54. Décision du 21-10-1988, AN, Val d'Oise, 5^e circonscription, *Rec.*, p. 183.

conventions internationales reconnaissant des droits et libertés fondamentaux consacrés dans des termes très proches des droits et libertés reconnus par la Constitution ou d'autres textes de valeur constitutionnelle. La coexistence d'une protection constitutionnelle et d'une garantie internationale de certains droits fondamentaux pose directement la question de l'articulation, voire de la concurrence, entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Peu après l'arrêt *Nicolo*, le Conseil d'État s'est ainsi trouvé saisi de la question de la compatibilité avec l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit le droit à la vie, de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, qui avait été déclarée conforme à la Constitution quinze années auparavant par le Conseil constitutionnel⁵⁵.

Cette question déborde le cadre des juridictions nationales en raison de l'existence, au niveau européen, d'un mécanisme de protection des droits fondamentaux. Ainsi, par un récent arrêt du 28 octobre 1999⁵⁶, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour l'application par la Cour de cassation d'une loi déclarée constitutionnelle par le juge constitutionnel. Était en cause une disposition législative validant rétroactivement, sous réserve de décisions de justice devenues définitives, le mode de calcul de « l'indemnité de difficultés particulières » accordée au personnel des organismes de sécurité sociale du Haut-Rhin et de la Moselle. Cette validation avait été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 janvier 1994⁵⁷. Mais la Cour européenne a estimé que la décision du Conseil ne suffisait pas à établir la conformité de la validation avec les dispositions de la Convention.

Le refus du Conseil constitutionnel d'intégrer les traités dans le bloc de constitutionnalité fait l'objet de nombreuses critiques⁵⁸. Il reste

55. CE, ass., 21-12-1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, Rec., p. 368.

56. CEDH, 28-10-1999, *Zielinski et Pradal et autres c/ France*.

57. CC, 93-332 DC, 13-1-1994, p. 21.

58. Dominique Rousseau, « Les principes du contrôle de la constitutionnalité des lois » ; Denys de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) », *RDA*, 1998, p. 225 ; O. Cayla, « Le coup d'État de Droit ? », *Le Débat*, n° 100, 1988, p. 108 ; Guy Carcassonne, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, 1999, p. 93.

que cette jurisprudence est toujours en vigueur et a de nombreux et brillants défenseurs⁵⁹, car des arguments juridiques tout aussi solides que ceux des tenants du renversement de jurisprudence peuvent être avancés à l'appui du maintien de l'exclusion des traités du bloc de constitutionnalité. En particulier, si l'article 55 de la Constitution pose le principe de la supériorité du traité sur la loi, il ne prescrit pas que le respect de ce principe doit être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 et ne l'implique pas non plus.

Le Conseil constitutionnel et la primauté de la Constitution sur les normes de droit international

68 La question des rapports entre normes conventionnelles et normes constitutionnelles mérite des développements spécifiques. Les juges ordinaires ne peuvent contrôler la conformité à la Constitution des stipulations conventionnelles : ce contrôle est laissé aux seules autorités compétentes pour ratifier ou pour autoriser cette ratification et, le cas échéant, au Conseil constitutionnel. Dans l'affaire Touvier, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé qu'il n'appartenait pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la constitutionnalité des traités⁶⁰.

Cette jurisprudence n'est pas remise en cause par les récentes décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation sur la hiérarchie des normes. Dans l'arrêt d'assemblée du 3 juillet 1996 *Koné* (p. 355), le Conseil d'État a interprété un traité d'extradition conformément à un principe constitutionnel⁶¹. Cette position a été confirmée par une autre décision d'assemblée, du 30 octobre 1998 (*Sarran*, p. 368), qui constate que le principe de la supériorité des traités « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle ». La Cour de cassation a repris cette expression dans un arrêt rendu en assemblée plénière le 2 juin 2000 (*Pauline Fraisse*, *RGDIP*, 2000, p. 815). Ces décisions montrent que le juge administratif comme le juge judiciaire

59. Bruno Genevois, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision du 15 janvier 1975 ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 7, 1999, p. 101 ; Louis Favoreu et Loïc Philip, *Grandes Décisions du Conseil constitutionnel*, 11^e éd., 2001, p. 23-11 sq.

60. 27-2-1990, *Bull.*, 1990, p. 251.

61. *RFDA*, 1996, p. 982 sq., notes de L. Favoreu, P. Gaïa, H. Labayle et P. Delvolvé ; *JCP*, 1996, II, p. 22720, note X. Prétot ; *RDJ*, 1996, p. 1751, note C. Braud ; *RGDIP*, 1997, p. 238, note D. Alland ; *D*, 1996, jur., p. 509, note F. Julien-Laferrrière.

s'efforcent de donner une interprétation du traité conforme à la Constitution et n'hésitent pas, lorsqu'ils sont saisis directement d'une question d'application de la Constitution, à faire prévaloir cette dernière.

Néanmoins il ne saurait être inféré de ces décisions rendues dans des formations solennelles que les juges ordinaires accepteraient désormais de se faire juge de la constitutionnalité des traités déjà en vigueur. En dépit des hypothèses parfois émises, rien n'indique que les juridictions saisies aient entendu se faire juge de la conformité d'un traité à la Constitution. Le Conseil d'État dans l'arrêt *Sarran* comme la Cour de cassation dans l'arrêt *Fraisse* n'ont pas procédé à la confrontation entre un traité et la Constitution et fait prévaloir une disposition constitutionnelle sur une norme internationale au motif que celle-ci serait incompatible avec celle-là : ils se sont bornés à constater que, dans le cas d'espèce, la Constitution formait un écran entre l'acte administratif et les traités internationaux invoqués. Comme ont pu le constater certains commentateurs, rares seront les cas où l'écran constitutionnel présentera une telle opacité, les actes administratifs n'entretenant normalement qu'un rapport beaucoup plus lointain avec la norme constitutionnelle⁶². Et, postérieurement à ces décisions, les juges ordinaires ont continué à faire prévaloir les traités sur les lois et à refuser d'en contrôler la constitutionnalité au motif que le bien-fondé des stipulations d'un traité ne pouvait être discuté devant eux⁶³.

69

L'existence d'une procédure de prévention des conflits entre les traités et la Constitution encourage donc les juges ordinaires à ne pas se substituer à un tel contrôle. Le Conseil constitutionnel reste la seule juridiction nationale à pouvoir procéder au contrôle de la compatibilité avec la Constitution d'un traité ou d'un accord. Ce contrôle a la particularité d'intervenir uniquement avant la ratification ou l'approbation de l'engagement. Une fois le traité entré en vigueur, il peut servir de norme de référence pour juger de la compatibilité de la loi, mais il échappe lui-même à tout contrôle de compatibilité avec la Constitution.

62. Louis Dubouis, « Les trois logiques de la jurisprudence *Sarran* », *RFDA*, 1999, p. 57 ; Bernard Mathieu et Michel Verpeaux, « À propos de l'arrêt *Sarran* : le point de vue du constitutionnaliste », *RFDA*, 1999, p. 67.

63. Voir, pour un récent rappel, 8-7-2002, *Commune de Porta*, précité, où le Conseil d'État s'est déclaré incompétent pour répondre à des moyens tirés du bien-fondé des stipulations de l'accord conclu entre la France et l'Andorre, de sa validité au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la France ou de ce qu'il méconnaîtrait des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le Conseil constitutionnel et l'influence du droit international sur la détermination des normes de référence

Il serait inexact d'inférer des développements ci-dessus que le droit international n'exerce d'influence sur le Conseil constitutionnel qu'à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux. Le droit international exerce une influence certaine sur les normes de référence que le Conseil utilise afin d'examiner la constitutionnalité des lois. Parmi ces normes figurent en effet des dispositions de valeur constitutionnelle intéressant le droit international ou influencées par lui.

70 En témoigne l'utilisation croissante par le juge constitutionnel de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg comme éléments d'interprétation des droits et libertés constitutionnellement garantis. En témoigne également la reprise à son compte, par le Conseil constitutionnel, de certaines notions directement issues du droit communautaire, tel par exemple le principe de clarté de la loi ou l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la règle de droit⁶⁴. Bien qu'elles trouvent un ancrage dans des principes ou règles à valeur constitutionnelle, ces notions trouvent une inspiration certaine dans les notions communautaires de confiance légitime et de sécurité juridique.

Ces développements montrent qu'il existe une réelle complémentarité entre le Conseil constitutionnel et les autres juridictions nationales dans la prise en compte du droit international. Le Conseil constitutionnel assure la primauté de la Constitution sur les traités, de manière préventive. Les juridictions ordinaires assurent *a posteriori* la primauté des traités sur les lois.

64. 99-421 DC, 16-12-1999, relative à la loi d'habilitation par ordonnance et 2001-455 DC, 12-1-2002, relative à la loi de modernisation sociale.

R É S U M É

Le Conseil intervient essentiellement au moment de l'introduction des normes de droit international en droit interne. Il contrôle à ce stade la conformité des normes de droit international à la Constitution, ainsi que la régularité procédurale de la conclusion des engagements internationaux. Mais le juge constitutionnel est amené aussi à connaître de l'application du droit international en droit interne. Si le Conseil n'assure pas la primauté des normes de droit international sur les normes législatives, contrôlée par les autres juridictions nationales, il reste la seule juridiction à pouvoir assurer la primauté de la Constitution sur les normes de droit international. Il existe ainsi une réelle complémentarité entre le Conseil constitutionnel et les autres juridictions nationales dans la prise en compte du droit international. Le Conseil constitutionnel assure la primauté de la Constitution sur les traités, de manière préventive. Les juridictions ordinaires assurent a posteriori la primauté des traités sur les lois.

RÉFORMER LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ?

TRAITER ICI DE LA RÉFORME DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL pourra sembler irrévérencieux à l'égard d'une institution aujourd'hui très largement acceptée dans le paysage constitutionnel français. Outre le fait qu'un tel sujet prend légitimement sa place dans l'ensemble de contributions consacrées à la Haute Instance, le moment est propice à un tel exercice nécessairement prospectif.

73

En effet, la réflexion peut être aujourd'hui plus sereine après l'agitation des périodes électorales et celle née des controverses sur le statut pénal du président de la République qui avait entraîné le Conseil constitutionnel sur le terrain directement politique.

Proposer de réformer un organe constitutionnel qui tient son rang dans le système politique et juridique français, c'est peut-être toucher aux grands équilibres patiemment recherchés. Mais justement, tout équilibre finit toujours par être instable, au gré d'événements extérieurs qui viennent en troubler la sérénité. On peut au moins en identifier deux.

La réforme constitutionnelle est devenue plus que jamais un mode (une mode ?) de gouvernement. La Constitution est génétiquement modifiable et l'organe de contrôle qu'est le Conseil constitutionnel n'y est pas insensible. Toute compétence constitutionnelle augmentée, transformée, conduit à l'exercice du contrôle de constitutionnalité des actes qui en découle. Le rayonnement et l'influence du Conseil constitutionnel s'en trouvent augmentés d'autant.

Un deuxième type d'évolution ne peut pas laisser le Conseil constitutionnel indifférent : les questions européennes. Sur les deux fronts européens, celui de Strasbourg comme celui de Luxembourg et de Bruxelles, le Conseil constitutionnel n'a pas encore trouvé l'angle

d'attaque qui peut lui donner une position. Et ces deux fronts pèsent sur le Conseil, autant en terme d'organisation et de procédure qu'en terme de compétence. On va y revenir.

Certes, l'exercice touchant à « l'ingénierie constitutionnelle¹ » est toujours délicat, mais on veut relever le défi en orientant la réflexion prospective dans quatre directions principales : la réforme de l'institution, le statut des personnes qui œuvrent au sein du Conseil, les questions de compétence, la procédure.

L'INSTITUTION

74 Un premier débat concerne le statut juridique de l'institution. Il s'agirait de lui donner un « statut constitutionnel ». La réponse est simple : c'est déjà fait ! Point n'est besoin d'ajouter au texte constitutionnel, serait-ce même pour qualifier juridiquement le Conseil constitutionnel. La Constitution décrit la fonction de contrôle de constitutionnalité et définit l'institution. La fonction crée l'organe et cela lui suffit pour exister. Ajouter une définition serait inutile.

La question est en réalité plus générale et concerne la place du Conseil constitutionnel dans l'équilibre des institutions. On doit seulement faire un constat : au fil des révisions constitutionnelles, les questions de droit constitutionnel venant sur le devant de la scène politique et juridique, le rôle du Conseil constitutionnel s'en trouve, presque mécaniquement, renforcé. D'abord, ce que nous appelons le « bris de jurisprudence constitutionnelle », que d'autres appellent « validations constitutantes »², c'est-à-dire l'appel au constituant pour contrer une décision du Conseil constitutionnel (par exemple en 1993, pour la réforme du droit d'asile, ou en 1999 pour l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et aux fonctions électives) met l'institution sur le devant de la scène. Et toute réforme constitutionnelle est

1. L'expression est du doyen Georges Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Juges, Nouveaux Pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 537, qui la définit ainsi : « l'activité qui tend à créer par le jeu des prescriptions juridiques des structures et des pratiques politiques jugées désirables ».

2. Pascal Jan, « Le Conseil constitutionnel », *La Nouvelle V^e République, Pouvoirs*, n° 99, 2001, p. 74. Sur les relations de cause à effet entre décision du Conseil constitutionnel et révision constitutionnelle, voir Louis Favoreu, « Le Parlement constituant et le juge constitutionnel », *Mélanges Pierre Avril. La République*, Montchrestien, 2001, p. 235.

aujourd'hui conduite l'œil rivé sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, soit pour la contrer, soit paradoxalement pour s'y conformer.

La révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République en est une bonne illustration. Les principes mis en œuvre sont l'écho ou la reprise de jurisprudences constitutionnelles : ainsi pour l'expérimentation³, ou pour la notion de collectivité d'outre-mer énoncée au nouvel article 74 de la Constitution⁴ pour ne citer que deux exemples. Les débats parlementaires illustrent le recours à une véritable incantation de jurisprudence constitutionnelle.

Ensuite, la mise en œuvre de ces réformes constitutionnelles entraîne son lot de lois organiques et ordinaires qui font l'objet d'un contrôle de constitutionnalité quasi systématique. L'exemple de la révision relative à la décentralisation le montre encore aisément. Celle-ci va redonner une place prépondérante au contrôle de constitutionnalité des actes juridiques issus de cette révision. Qu'il s'agisse des lois organiques de mise en œuvre de la révision, des lois d'application et surtout des lois expérimentales dont l'adoption concerne autant l'État que les collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel va voir sa fonction d'arbitre constitutionnel renforcée.

Ainsi, lorsque le droit est mou, flou, qu'il utilise des concepts peu ou indéterminés, le juge est sollicité pour préciser ce que le droit n'a pas su dire. Lorsque la Constitution se met à bavarder, le Conseil constitutionnel voit son pouvoir d'interprétation d'autant plus sollicité qu'il bénéficie de saisines aisées à mettre en œuvre et de modes de jugement assez libres par le recours aux réserves d'interprétation. L'augmentation de la matière constitutionnelle vient mécaniquement rehausser le rôle du Conseil qui élargit ainsi sa base de référence et renforce sa position institutionnelle.

LES PERSONNES

L'exigence principale qu'on attend d'un juge constitutionnel est son indépendance. Le statut des membres du Conseil constitutionnel est sur ce point satisfaisant, pour autant qu'on ne se lance pas dans la polémique ou l'analyse non vérifiable des affinités ou des préférences. Le régime

3. CC, 93-322 DC, 28-7-1993, *Universités expérimentales* ; 2001-454 DC, 17-1-2002, *Loi relative à la Corse*.

4. CC, 1996, *Polynésie française* ; 1999, *Nouvelle-Calédonie*.

des incompatibilités, en particulier avec un mandat électif, a été heureusement renforcé par la loi organique du 19 janvier 1995, en rendant la fonction totalement incompatible « avec l'exercice de tout mandat électoral », ce qui aurait dû être fait depuis longtemps. Il faut s'en réjouir.

De même, il ne faut pas toucher à la durée du mandat des membres du Conseil, qui permet d'assurer une certaine stabilité à la composition de l'institution. Le système du renouvellement triennal impose déjà un rythme de changement suffisant. De plus, cette longue durée de neuf années dépasse celle de tous les mandats électifs, à l'exception du mandat de sénateur de même durée, ce qui laisse le Conseil constitutionnel en dehors de tout calcul d'échéances électorales.

76 On peut légitimement poser la question du mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel en reprenant les quatre critiques classiques, telles qu'elles ont été rappelées par le doyen Vedel⁵. La première est l'entière liberté des autorités de nomination dans le choix de personnes. Aucune exigence d'expérience, de compétence juridique, de limite d'âge n'est imposée par les textes. La critique est connue : cette liberté de choix renforce le caractère politique de l'institution, en permettant la désignation de proches du président de la République et des présidents des assemblées, plus pour leur fidélité politique que pour les qualités requises en vue de l'exercice des fonctions à venir. Les remèdes proposés sont divers : l'élection par le Parlement, comme cela était pratiqué pour le Comité constitutionnel de 1946 ou comme le rêvent certains pour une hypothétique République future (Bastien François, Arnaud Montebourg, Olivier Duhamel) ; la désignation par d'autres autorités : le Conseil d'État, la Cour de cassation, la Cour des comptes, etc. ; enfin la définition d'un « profil » de juriste confirmé.

Il nous semble que la bonne réponse doit prendre en considération la nécessité de conserver à l'institution ce qui a fait son succès : l'équilibre entre le politique et le juridique. Le mode de nomination doit faire la part juste entre les deux, en ce que les autorités de nomination doivent rester libres de nommer des personnalités dans un large spectre pour ne pas nier le caractère incontestablement politique de la nomination qui fait corps avec l'institution.

La seule exigence qui ait un sens est d'indiquer que les personnalités nommées doivent avoir exercé des fonctions dans les domaines politiques, juridiques, juridictionnels ou administratifs, laissant entendre

5. Georges Vedel, *Mélanges Roger Perrot*, *op. cit.*, p. 539.

que la connaissance de la chose publique est un élément nécessaire pour exercer l'une des fonctions de régulation de la puissance publique et du droit. Il faut ici s'inspirer des exigences demandées pour les juges d'autres cours constitutionnelles⁶. On éviterait ainsi de nommer, sur un coup de tête ou de cœur, des personnalités certes reconnues et estimables (dans le domaine médiatique, sportif, artistique, « grande conscience »...), brusquement éprises des droits de l'homme. En ce domaine sensible des nominations, qui conduit au fil de celles-ci à modifier les équilibres au sein du Conseil, l'arrivée d'un Candido donnerait le résultat que donne la feuille balayée par le vent... La raison devra bien l'emporter un jour sur ce point et éviter l'emprise de la démagogie ambiante⁷.

Quant à l'élection par les instances parlementaires, formule du Comité constitutionnel de la IV^e République, le système n'apporterait rien de plus par rapport au mode actuel de nomination. Le résultat serait de renforcer la politisation de l'institution, ce qu'il faut éviter absolument. Le Conseil constitutionnel ne peut être un bon défenseur des prérogatives parlementaires – ce qu'il est réellement, contrairement aux idées reçues – que s'il existe une certaine distance entre les deux institutions⁸.

Afin d'assurer cohérence et stabilité à la composition du Conseil constitutionnel, il apparaît aujourd'hui nécessaire de supprimer la disposition de l'article 56 de la Constitution selon laquelle « en sus des neuf membres..., font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens présidents de la République ». Cette bizarrerie constitutionnelle, dont on dit qu'elle aurait été introduite au profit du dernier président de la IV^e République René Coty, n'a plus lieu d'être aujourd'hui. Elle apporterait, par la modification brutale et incontrôlable des majorités au sein du Conseil, trouble et imprévisibilité absolue. Imagine-t-on sérieusement M. Giscard d'Estaing venir siéger pour vérifier la compatibilité

77

6. Par exemple en Italie, article 135 de la Constitution, alinéa 2 : « Les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même à la retraite, appartenant aux juridictions supérieures, ordinaires et administratives, les professeurs titulaires des universités qui enseignent les matières juridiques et les avocats ayant plus de vingt ans d'activité professionnelle. »

7. Pascal Jan pose ainsi la question : « Pourquoi les juges constitutionnels seraient-ils les seuls à échapper à une exigence de formation juridique ? », art. cit., p. 82. Voir aussi les réflexions du président Philippe Ardant, « Le Conseil constitutionnel d'hier à demain », *L'Avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 731 sq., spéc. p. 742 sq.

8. *Contra* : Pascal Jan, art. cit., p. 81.

avec la Constitution du futur « traité constitutionnel » communautaire dont il aura été l'initiateur lors de la Convention européenne qu'il préside actuellement ? Là encore, il faut éviter le mélange des genres.

Un dernier point concerne la nomination du président du Conseil constitutionnel. Certains voudraient qu'il soit élu par ses pairs. L'effet de politisation interne, de clivage, de minorités, agissantes ou pas, serait garanti, ce que soulignait déjà avec force le doyen Vedel⁹. La désignation par le président de la République doit être maintenue. Il faudrait seulement préciser qu'il ne doit être désigné que parmi les membres nommés et pour un mandat de neuf ans, ce qui mettrait fin à l'incertitude actuelle. En effet, les textes ne permettent pas d'exclure la nomination d'un membre de droit (à vie !), ni d'empêcher toute interprétation, lors des nominations triennales, selon laquelle le président pourrait nommer un nouveau membre président à la place de celui désigné précédemment, comme si tous les trois ans le mandat du président du Conseil venait à expiration. L'épisode du remplacement de Daniel Mayer par Robert Badinter n'est pas non plus un heureux précédent, dans la méthode employée, même si les textes le permettaient. Il faut donc préciser, tant dans l'article 56 de la Constitution que dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 7 novembre 1958, que le président du Conseil constitutionnel est désigné pour neuf ans parmi les seuls membres nommés.

78

LES COLLABORATEURS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Selon une loi classique de la science administrative, toute institution tend naturellement à développer ses compétences, ses moyens, son personnel, son influence. On est presque tenté de dire que le Conseil constitutionnel déroge à cette loi par la modestie de son organisation interne. Sous l'autorité du président du Conseil, le secrétaire général veille à la bonne marche de l'institution ainsi qu'au bon déroulement des procédures en cours. On a déjà eu l'occasion de dire¹⁰ que la fonction de secrétaire général est bien plus qu'une fonction administrative et qu'à notre sens elle pratique le mélange des genres, certes pour le bon exer-

9. Georges Vedel, préface à Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6^e éd., 2001.

10. Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, « Thémis », 1998, p. 180.

cice du contrôle de constitutionnalité le plus souvent, mais juger est une chose et administrer en est une autre. On n'y revient pas.

Le nombre restreint de collaborateurs auprès des membres du Conseil constitutionnel facilite sans doute la circulation de l'information et la simplicité des relations. Mais l'effet de « grande famille¹¹ » ainsi créé ne doit pas prendre le pas sur les exigences de l'efficacité. Ainsi, le nombre trop limité de membres du « service juridique » nuit objectivement, malgré la grande qualité de ses membres, à la recherche d'une information qu'il faut complète dans un temps limité. Mieux vaudrait y associer des assistants de justice et des collaborateurs plus nombreux et plus stables, ainsi que des référendaires attachés directement à chaque membre du Conseil, pratiquant ainsi la vertu de l'échange informel avant celle du délibéré qui doit être réservé aux seuls membres du Conseil constitutionnel.

79

LES COMPÉTENCES

Élargir les compétences du Conseil constitutionnel ? Question majeure pour l'équilibre général du contrôle de constitutionnalité et la place du Conseil au sein du système constitutionnel. La question est si vaste qu'on ne peut ici qu'évoquer les thèmes majeurs sans prétention à donner des solutions tranchées. Deux sujets dominant, à notre sens.

Le premier thème concerne les actes normatifs contrôlés par le Conseil.

Le Conseil constitutionnel est quasiment absent des débats portant sur les relations entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique communautaire. Le contrôle de compatibilité des traités à la Constitution actuellement organisé par l'article 54 de la Constitution est un contentieux d'arrière-garde, en ce sens qu'il fait toujours plier la Constitution devant les principes du traité communautaire. Certes, le Conseil a élaboré à cette occasion une jurisprudence de la souveraineté nationale et des transferts de compétences utile (1992, *Maastricht* ; 1997, *Amsterdam*), mais pas de véritable contrôle de conformité des traités au regard des exigences de l'ordre constitutionnel français en matière de droits fondamentaux. Il faut le regretter car il aurait pu ainsi contraindre plus tôt l'ordre juridique communautaire à prendre en considération les

11. Selon l'expression employée par Jacques Robert, témoignant de son expérience comme membre du Conseil constitutionnel, in *La Garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, 2000, p. 88.

droits fondamentaux, selon un modèle français dont nous n'avons pas à rougir.

Reste le contrôle préventif de conformité à la Constitution des projets et propositions d'actes communautaires. Une volonté politique vigilante à l'égard des projets communautaires pourrait le mettre en place. Si la contrariété de tels projets à la Constitution était déclarée, le gouvernement français pourrait opposer une « réserve de constitutionnalité » lors du processus de décision communautaire¹². Cette procédure serait sans conteste plus conforme à la logique du système de contrôle de constitutionnalité des actes, tel qu'il est organisé dans notre pays, sans doute plus efficient au regard du contrôle de conformité à la Constitution, enfin plus respectueux de l'exigence constitutionnelle de respect de la souveraineté nationale.

80

La seconde extension des compétences du Conseil porte sur l'ouverture de la saisine¹³. La sagesse conduit à rejeter le recours direct des citoyens contre des lois devant le Conseil constitutionnel, comme pouvant conduire au blocage de l'institution par des recours trop nombreux et souvent infondés¹⁴. Le recours contre des décisions juridictionnelles ne fait pas partie de notre culture juridique et transformerait le Conseil en une Cour suprême, ce qui n'est demandé par personne. Quant au recours contre les décisions administratives, le juge administratif a prouvé depuis longtemps qu'il est le meilleur défenseur des libertés.

La seule exception qui pourrait être admise concerne le contentieux des actes préparatoires à une opération électorale ou de référendum. Après les décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel des années 2000 (*Hauchemaille, Larrousturou, Marini...*), on pense qu'il faut unifier le contentieux de ces opérations au profit du seul Conseil constitutionnel, pour les opérations électorales ou de référendum dont il est actuellement juge *a posteriori*, en faisant jouer la théorie des blocs de compétences, considérant qu'il y a là une logique contentieuse qui conduit à confier au Conseil constitutionnel l'ensemble des contestations d'une

12. Voir, en ce sens, Robert Badinter, entretien in *Les Quarante Ans de la V^e République, RDP*, 1998, p. 1336. Certes, on peut objecter que c'est lier à l'avance la position de la France dans la négociation communautaire, mais ce serait au profit du modèle juridique que véhicule notre droit. Il en vaut bien un autre qui nous est trop souvent imposé par les textes communautaires.

13. Voir aussi la contribution de Denys de Béchillon ci-après.

14. Concernant cette question voir Louis Favoreu, « Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 10, 2001, p. 99.

opération de votation, du début à la fin. Il faudrait donc abandonner la jurisprudence du Conseil par laquelle il s'est reconnu une compétence « exceptionnelle » dans ces domaines, pour la lui conférer complètement en l'inscrivant dans les articles 58, 59 et 60 de la Constitution.

Sur l'ouverture de la saisine, la question est ailleurs : il s'agit de savoir dans quelle mesure l'argument de constitutionnalité peut être recevable devant un juge administratif ou judiciaire ? Au titre d'argument direct contre une loi, on sait qu'il n'est point admis, mais quel équilibre peut-on trouver entre une question de constitutionnalité soulevée devant un juge du fond et l'intervention du Conseil constitutionnel ? La seule solution praticable nous semble être d'admettre les questions préjudicielles de constitutionnalité, avec un ensemble de précautions.

Le juge du fond doit pouvoir rejeter les questions manifestement mal fondées, comme le fait le juge *a quo* italien. La disposition de loi contestée doit répondre à deux conditions impératives : ne pas avoir été déjà déclarée conforme par le Conseil constitutionnel lors du contrôle *a priori*, commander l'issue du litige, la validité de la procédure ou, en matière pénale, le fondement des poursuites, conditions qui avaient déjà été proposées en 1990 lors de la première tentative pour créer un tel système. En revanche, on pense qu'il ne faut pas faire des Hautes Juridictions administratives et judiciaires un filtre jugeant du caractère sérieux de la demande, sous peine de les transformer en juges de constitutionnalité de première instance, concurrents du Conseil constitutionnel et en définitive appréciateurs de la question de constitutionnalité et de ce qui doit revenir au Conseil constitutionnel. Ceci ne ferait qu'allonger les délais de traitement du contentieux. Tout juge devrait ainsi pouvoir renvoyer la question de constitutionnalité directement au Conseil constitutionnel, par une décision de sursis à statuer, à la manière des questions préjudicielles du droit communautaire : possibilité pour les juridictions dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel, obligation pour les juridictions suprêmes.

Reste la question des textes susceptibles de faire l'objet de questions préjudicielles de constitutionnalité. Il semble difficile de limiter dans le temps les textes auxquels pourrait s'appliquer ce type de question préjudicielle. La difficulté est double : éviter un contrôle de constitutionnalité anachronique (le contrôle de l'ordonnance de Villers-Cotterêts au regard de la Constitution de 1958 !) et le principe de sécurité juridique, en évitant de bouleverser des situations juridiques stables. L'application de la théorie des droits acquis devrait pouvoir y répondre, comme la prudence du juge. Faisons-lui confiance.

Enfin, on pourrait prévoir dans ce cas la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'en appeler au législateur, en réservant les effets de sa décision pour l'avenir en fonction de la modification du droit décidée par la loi, sur la question constitutionnellement controversée¹⁵.

82 Plus largement, l'équilibre des relations avec les juges administratifs et judiciaires reste à trouver, comme le montre l'épisode contentieux du statut pénal du président de la République avec l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 10 octobre 2001¹⁶. Le Conseil constitutionnel ne possède toujours pas le moyen concret d'imposer ses vues au juge ordinaire, sinon la volonté de collaboration de ce dernier. L'effectivité de la décision de constitutionnalité en souffre, même si les réserves d'interprétation adressées directement au juge ordinaire se veulent impératives. L'autonomie des ordres de juridiction l'emporte toujours sur l'unité de l'ordre constitutionnel. Faudrait-il alors instituer une sorte de « rescrit constitutionnel » selon lequel le juge ordinaire devrait solliciter le Conseil constitutionnel chaque fois que se pose une question d'interprétation de la Constitution ? On demeure malgré tout hésitant, partagé entre le désir de voir la Constitution bénéficier d'une interprétation cohérente et uniforme, et la prérogative considérable d'interprète unique de la Constitution qui serait ainsi conférée au Conseil constitutionnel¹⁷.

LA PROCÉDURE

Réformer la procédure devant le Conseil constitutionnel ? C'est peut-être le sujet le plus difficile, tant il y a à dire. Que penser de ce que nous appelons « les conventions du contentieux constitutionnel », c'est-à-dire les pratiques contentieuses aujourd'hui presque normalisées, spécialement dans le contentieux normatif ?

Évoquer les questions procédurales touchant au Conseil constitutionnel peut conduire à une impasse : celle de la qualification de l'institution. C'est toujours la vieille question : juridiction ou pas ? Une fois

15. Sur tous ces points, voir nos réflexions in *Contentieux constitutionnel français, op. cit.*, p. 439 *sq.*

16. Cass., ass. plén., 10-10-2001, *Breisacher*.

17. Alors que la Constitution donne aussi un pouvoir d'interprétation de celle-ci au président de la République ; cf. art. 5 : « Le président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. »

encore, la question est mal posée et même n'a pas de réel intérêt en droit français. Exerçant une fonction constitutionnelle dans l'ordre juridique, le Conseil constitutionnel peut être qualifié ou non de juridiction constitutionnelle, cela n'influe en rien et ne modifie aucunement sa fonction « spécifiquement juridique qui est d'examiner la conformité d'une loi ou d'un règlement parlementaire à la Constitution, c'est-à-dire aux textes de valeur constitutionnelle¹⁸ » et son influence, explicitement et brutalement énoncée par l'article 62, alinéa 2 de la Constitution, selon lequel « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités juridictionnelles ».

La question retrouve de l'intérêt lorsqu'on porte le regard au-delà des frontières. Certes, la comparaison avec les autres cours constitutionnelles est indispensable pour y puiser ce qui pourrait améliorer le fonctionnement et la procédure devant le Conseil français. Mais les enjeux sont ailleurs : ce sont ceux des relations d'ordre juridique et donc de juridictions avec l'ordre communautaire de Luxembourg et l'ordre européen de Strasbourg. L'exercice auquel on se livre prend le sujet par l'aspect procédural de la question. Ce biais en vaut un autre.

Une évolution vers plus de juridictionnalisation¹⁹ ? On n'est pas particulièrement favorable à cette évolution, pour plusieurs raisons. D'abord parce que le Conseil constitutionnel n'a pas été créé, voulu, comme devant être une juridiction, au sens le plus classique du terme, c'est-à-dire un organe destiné à trancher des litiges, entre deux prétentions subjectives contradictoires. « Organe régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics²⁰ », sa place dans les institutions de la République est bien plus essentielle qu'une juridiction : c'est un organe constitutionnel participant réellement à la confection de la loi, même si c'est négativement. Et même si cette fonction constitutionnelle ne l'empêche pas d'être en même temps de statut juridictionnel – si on veut le voir ainsi –, ce dernier qualificatif n'ajoute rien à ses prérogatives constitutionnelles.

On peut même dire qu'il faut se méfier de toute tentative d'assimilation avec d'autres cours constitutionnelles, par une recherche forcée d'assimilation, comme si on voulait gommer les particularités du

18. Georges Vedel, art. cit., p. 542.

19. C'était le souhait ardent de Robert Badinter quittant ses fonctions de président du Conseil constitutionnel en 1995 : voir l'interview à *La Vie judiciaire*, 6-12 mars 1995.

20. CC, 62-20 DC, 6-11-1962, *Loi référendaire*.

Conseil constitutionnel français. Le discours qui tend par exemple aujourd'hui à vouloir absolument aligner le Conseil sur le modèle juridictionnel porté par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut conduire au résultat inverse de celui recherché, à savoir la défense du contrôle de constitutionnalité comme protecteur des droits fondamentaux. En effet, soumettre en tout le Conseil constitutionnel aux exigences procédurales de la Convention européenne des droits de l'homme conduira nécessairement à le soumettre aussi aux exigences du droit substantiel de la Convention. Ceci signifierait à terme que la protection des droits fondamentaux serait entièrement soumise au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, sans qu'on ait vraiment pris conscience de la réduction corrélative, et de la perte d'influence des droits fondamentaux tels qu'ils sont exprimés en droit constitutionnel français, ainsi que celle de la fonction de contrôle de constitutionnalité en France, soumise alors aux fluctuations de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. C'est en perte de souveraineté, juridique et juridictionnelle, qu'il faudrait compter cette soumission. Il faut donc y regarder à deux fois avant de plaider l'alignement du Conseil constitutionnel sur le modèle juridictionnel issu de la CEDH et de la Cour de Strasbourg.

Que faire alors ? Le doyen Vedel avait, avec le talent qu'on lui connaissait, défendu les pratiques actuelles en montrant qu'on ne ferait pas mieux en figeant dans un texte la procédure du contentieux normatif²¹. L'argument de l'efficacité et de la simplicité est toujours difficile à contredire. Reste celui de la transparence, dont la procédure actuelle n'est pas un modèle du genre. On peut hésiter sur le caractère public de l'audience, quoique ce principe relève des principes de procédure les plus élémentaires. Mais justement, le « procès constitutionnel²² » ne peut pas être un procès comme les autres. Il ne faut pas que s'y produisent des « effets de manche », nécessairement mêlés de politique dans le cas présent. Le débat doit rester celui des principes et des moyens contentieux, de pur droit.

À ce titre, on peut faire deux propositions. D'abord suggérer que les parlementaires saisissants puissent désigner des mandataires pour porter la contradiction, au besoin oralement, devant le Conseil consti-

21. Georges Vedel, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 537 *sq.*

22. Pour reprendre le titre de l'ouvrage de Pascal Jan, *Le Procès constitutionnel*, LGDJ, « Systèmes », 2001.

tutionnel puisque les instances parlementaires ont refusé de venir directement présenter leur argumentation, même devant le seul membre du Conseil constitutionnel rapporteur. Serait ainsi rétablie une égalité des armes entre les parlementaires saisissants et le gouvernement qui a, lui, un accès direct au Conseil, oralement et au besoin par des notes supplémentaires qui viennent s'ajouter aux observations en réponse à la saisine.

Manque toujours le point de vue d'un ministère public, d'autant plus nécessaire que les questions de constitutionnalité sont de droit pur, sans mélange de faits, dans ce contentieux de norme à norme qu'est le contentieux constitutionnel des lois. On pourrait donc instituer un « procureur général de la Constitution », près le Conseil constitutionnel, désigné par accord des trois autorités de nomination des membres du Conseil constitutionnel, qui présenterait la question, en toute indépendance, du seul point de vue de la Constitution. Certes, il ne pourrait assister ni participer au délibéré pour éviter les embûches dans lesquelles d'autres représentants du ministère public sont tombés, bien malgré eux²³. Mais on éviterait ainsi la relative incohérence de la défense d'un texte de loi, voté par le Parlement, par une instance gouvernementale, le Secrétariat général du gouvernement, qui a parfois bien du mal à justifier, sinon à défendre, un texte issu d'amendements purement parlementaires.

Mais on reste très opposé à l'admission des opinions dissidentes pour les membres du Conseil constitutionnel, contraire à la conception française du délibéré collégial et de la responsabilité commune de la décision juridictionnelle. L'autorité de la décision en serait toujours affaiblie, et conduirait inévitablement à des effets de tactique et de prospective en fonction de telle ou telle opinion dissidente. Le caractère objectif et abstrait du contrôle y perdrait également beaucoup²⁴.

Sur tous ces points, il faut utiliser les possibilités ouvertes par l'ordonnance du 7 novembre 1958, permettant au Conseil constitutionnel d'élaborer un règlement intérieur en matière de contrôle de

23. On pense au ministère public en matière pénale devant la Cour de cassation, au regard des exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

24. Voir les études comparatives sur les opinions dissidentes, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 8, 2000, avec pour la France les réflexions de François Luchaire et Georges Vedel (contre) et Dominique Rousseau (pour). Plus généralement voir Wanda Mastor, *Contribution à l'étude des opinions séparées des juges constitutionnels*, thèse (dir. Louis Favoreu), Université Aix-Marseille III, 2001.

constitutionnalité des lois. C'est un moyen légitime et commode de réaliser des améliorations procédurales, librement, sans avoir à emprunter ou à se soumettre à d'autres modèles. Le Conseil peut y trouver la possibilité d'innover, d'inventer des modèles procéduraux adaptés aux particularités du contrôle de constitutionnalité des lois.

86 Ce recours à un simple règlement de procédure sera-t-il suffisant pour garantir un « procès équitable » devant le Conseil constitutionnel ? La question ne se pose pas en ces termes. Il faut d'abord considérer que le Conseil doit pouvoir établir librement son règlement de procédure, en tant qu'organe constitutionnel, sans le voir contesté. La jurisprudence récente du Conseil d'État permet de justifier ce point de vue²⁵. Le pouvoir de réglementation des cours constitutionnelles est fondé sur l'autonomie qui leur est donnée par la Constitution²⁶ et ne saurait donner lieu à contestation contentieuse devant un juge ordinaire. Il faut ensuite rappeler que le procès constitutionnel, particulièrement dans le contentieux des normes, n'a pas besoin de rassembler l'intégralité des garanties du procès équitable, parce que l'objet, la cause et les parties à l'instance constitutionnelle ne recueillent pas les éléments d'un procès « classique », d'autant que le contrôle porte sur une norme et s'exerce *in abstracto*. Le recours à un règlement intérieur est donc possible et souhaitable. L'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel y invite puisqu'elle prévoit à son article 56 que « le Conseil constitutionnel complétera par son règlement intérieur les règles de procédures édictées par le titre II de la présente ordonnance », ce qui comprend le contentieux normatif.

La fonction exercée par le Conseil constitutionnel le fait participer au processus législatif, serait-ce négativement. Mais il le fait selon des méthodes qui empruntent aux différents juges leurs modes de raison-

25. CE, ass., 25-10-2002, *M. Brouant*, *D*, 2002, p. 3034, note Hugues Moutouh, rejetant pour incompétence un recours dirigé contre le règlement du Conseil constitutionnel du 27 juin 2001 établissant le régime de ses archives, en ces termes : « eu égard à cet objet [l'accès aux archives du Conseil constitutionnel], qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution, ce règlement ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître ». Voir aussi à propos de cet arrêt : Louis Favoreu, « Le Conseil d'État respecte l'indépendance du Conseil constitutionnel », *D*, 2002, p. 3287.

26. En ce sens Louis Favoreu, art. cit., p. 3289.

nement et de fonctionnement : juge administratif français, cours constitutionnelles européennes. Cette fonction n'en fait pas un juge constitutionnel comme les autres, parce que le contrôle préventif de constitutionnalité le place au cœur de la décision normative. Quant à l'amélioration de l'institution, elle passe par une clarification du statut des membres, déjà bien avancée.

Alors ? Réformes mineures, à la marge ? Les grandes institutions sont comme les grands navires, leur cap ne peut être modifié que lentement, sans brusquer le mouvement. Les vraies réformes sont parfois discrètes.

L'enjeu principal porte sur l'extension des compétences, compte tenu des perspectives communautaires et européennes. Il doit redevenir un juge qui précède la décision normative, qui l'accompagne, y compris au plan européen, car il y va de la défense du modèle juridique français, inscrit dans nos textes fondamentaux. Et ce modèle porte aussi bien sur la conception du procès constitutionnel que sur les questions de fond. Sinon, à quoi peut servir la construction d'un modèle de droits fondamentaux qu'on a voulu universel si c'est pour le limiter à l'Hexagone ? Il y a là une question de conviction que doit porter, sans complexe, le Conseil constitutionnel français.

87

R É S U M É

À l'heure de la réforme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel serait-il le seul à ne pouvoir être réformé ? L'institution doit trouver un nouvel équilibre dans la désignation de ses membres, une plus grande transparence dans son fonctionnement et sa procédure, en clarifiant ses relations avec les juges administratifs et judiciaires. Mais l'enjeu principal demeure l'évolution des compétences, au regard de l'influence majeure du droit communautaire et du droit européen.

L'IRRIGATION DU DROIT
PAR LES DÉCISIONS DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL

1
Le sujet proposé, par son énoncé même, repose assurément sur un double préjugé, favorable aux décisions du Conseil constitutionnel. D'une part, parce que l'irrigation est processus créateur, régénération. D'en haut, coulerait ainsi une jurisprudence constitutionnelle qui viendrait offrir au droit une forme de renaissance. Irrigation et non assèchement ou dégénérescence. Il devrait donc être question de bienfaits constitutionnels.

D'autre part, parce que le thème repose également sur l'idée d'un mouvement à sens unique, du Conseil constitutionnel vers le droit – public aussi bien que privé –, comme si la voie inverse ne pouvait être féconde. *Quid* pourtant de l'irrigation des décisions du Conseil constitutionnel par le droit non constitutionnel : la réciprocité serait-elle impossible, la hiérarchie des normes réduisant en quelque sorte le jeu des influences qui pourraient exister entre le Conseil constitutionnel et l'ensemble du droit ?

2
Ces présupposés, à vrai dire, n'ont rien de surprenant. Voilà désormais plus d'un quart de siècle que, derrière une appellation plus prospère et au succès bien assuré, se propage l'idée d'une *constitutionnalisation* du droit, sous l'égide du Conseil constitutionnel. L'expression, devenue slogan, caractérise un phénomène par lequel se manifesterait l'influence de la Constitution ou du Conseil constitutionnel sur une ou plusieurs branches du droit. Le droit privé comme le droit public – non constitutionnel, par hypothèse ! – se colorerait ainsi d'aspects constitutionnels. Bienfait, sans nul doute, puisqu'il faudrait voir ici la marque d'une

influence croissante des droits fondamentaux, dont on peine à penser qu'ils puissent avoir quelque effet négatif sur le droit positif. N'assure-t-on pas d'ailleurs qu'un tel essor du droit constitutionnel sous l'égide du Conseil constitutionnel constituerait un progrès du droit ?

3

90 Il n'est plus d'époque de revenir sur l'origine même du phénomène, auquel la présente revue avait eu l'intuition de consacrer, voilà plus de quinze ans, un important numéro. Nul n'ignore plus les différentes étapes de la montée en puissance du Conseil constitutionnel, depuis le début des années 1970. On sait les audaces prétoriennes de toutes sortes du Conseil, qu'il s'agisse d'interpréter les normes constitutionnelles pour ainsi ériger ce « bloc constitutionnel » devenu bible pour certains, ou de procéder à l'interprétation des lois soumises au contrôle constitutionnel. La caisse de résonance est venue de l'élargissement, dès 1974, de la saisine, dont l'effet, bien digéré à présent, est désormais d'appeler d'autres réformes, plus franches. Il en est résulté une intervention croissante du Conseil constitutionnel dans la plupart des secteurs du droit. Certains sont évidemment plus exposés, parce que ayant davantage vocation à favoriser les saisines et à appeler le contrôle : les lois pénales ou les lois sociales représentent ainsi une partie importante de l'activité du Conseil. La période récente l'a nettement manifesté : lois sur les 35 heures, loi de modernisation sociale, loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi... avec le Conseil constitutionnel, le droit social compose sans nul doute avec un nouveau partenaire.

4

De ces décisions qui s'accumulent, pour concerner à des degrés divers l'ensemble du droit, une partie de la doctrine a tôt fait de conclure à la constitutionnalisation des diverses branches du droit : constitutionnalisation du droit pénal, du droit du travail, du droit civil, du droit des affaires, du droit administratif, etc. Pour autant, une telle conclusion pourrait ne pas persuader. Que des problèmes relevant de diverses branches du droit pénètrent les décisions du Conseil constitutionnel n'atteste pas, en retour, l'influence du Conseil constitutionnel sur l'ensemble du droit. Conclure à une constitutionnalisation du droit à partir des seules décisions du Conseil constitutionnel revient à confondre le point d'émergence de la source avec son point d'aboutissement. La source coule, mais encore point de signe d'irrigation. Plus encore, que le Conseil censure la loi et celle-ci ne verra pas le jour ; qu'il

la valide et elle entrera en vigueur sans subir de modification. Le Conseil a peut-être modifié le droit, en empêchant certaines dispositions de devenir droit positif. Mais, pour autant, où est alors l'irrigation ? Faudrait-il nuancer en tenant compte des réserves d'interprétation, par lesquelles le Conseil n'admet la constitutionnalité du texte qui lui est déféré que sous la condition du respect de l'interprétation qu'il en propose ? Il reste que la réserve ne vaut jamais que si elle est entendue. L'irrigation est toujours affaire de devenir.

5

Il est vrai qu'une première forme d'influence s'opérera en amont des décisions, sur l'élaboration même de la législation. Le législateur, destinataire premier du message, devra l'écouter pour, en amont du vote des lois, prévenir les inconstitutionnalités et expurger les projets et propositions à venir des motifs de censure déjà dénoncés à l'occasion du contrôle d'autres textes. Nombre de gouvernants ont ainsi déclaré vouloir anticiper sur le contrôle de constitutionnalité, invitant à l'intégration de la jurisprudence constitutionnelle dans le processus d'élaboration des lois. C'est là l'effectivité idéale : le contrôle du Conseil devient inutile, comme le serait celui du juge pénal dans une société dans laquelle les hommes ne commettraient plus d'infraction. C'est l'effectivité silencieuse, sans contentieux, l'irrigation du droit à sa source première, celle de la loi. Retenons donc d'emblée que l'influence du Conseil se fait sentir sur des textes dont il n'aura pas même à connaître : le nouveau code pénal, en intégrant diverses prescriptions formulées par le Conseil constitutionnel, en est l'illustration la plus notable. C'est la peur du gendarme.

91

6

Pour le reste, en aval, tout sera affaire de diffusion. Si elles devaient n'être pas écoutées ou même entendues au-delà de ce qu'elles prononcent, les décisions du Conseil constitutionnel resteraient en effet un phénomène à faible portée juridique, essentiellement rouage du processus politique d'élaboration du droit. Le Conseil ne serait alors qu'un acteur – supplémentaire – de l'élaboration des textes législatifs. Pour que les décisions du Conseil constitutionnel puissent influencer sur les autres branches du droit, il faut qu'elles prennent part au processus de décision devant le juge administratif ou judiciaire. On comprend alors aisément la tentation doctrinale d'aller chercher jusque dans les moindres décisions de tribunaux d'instance la preuve d'une attention croissante prê-

tée au Conseil. La question de l'irrigation n'est pas pure question objective : elle est enjeu de pouvoir et objet de dissensions doctrinales.

7

On saisit aisément le fil rouge qu'invite à suivre le thème ici proposé : par quelle alchimie pourrait bien s'opérer la transformation d'une source qui n'est en première intention que constitutionnelle et érigée uniquement en rempart contre certaines lois, en source des autres branches du droit, apte à influencer sur les relations juridiques de tout un chacun, particuliers entre eux ou dans leurs rapports à l'administration ? Entre le message contenu dans un considérant isolé et sa diffusion dans l'ordre juridique, quels facteurs permettraient la circulation du modèle constitutionnel ? Face à ces interrogations, l'enjeu est bien de savoir si le système juridique a effectivement évolué sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et dans quelle mesure il s'est adapté à cette constitutionnalisation. Si l'analyse révèle une indiscutable influence du Conseil constitutionnel, elle atteste, dans le même temps, que l'acclimatation du système juridique aux décisions du Conseil est encore loin d'être parfaite. Le thème proposé invite ainsi à souligner les marques d'une évolution du système juridique sous l'influence du Conseil constitutionnel avant de pointer les lacunes et déficiences qui subsistent.

92

LES MARQUES D'UNE ÉVOLUTION DU SYSTÈME JURIDIQUE SOUS L'INFLUENCE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

8

Bien qu'il intervienne par hypothèse en amont de l'application de la loi, puisqu'il précède sa promulgation même, le jugement de constitutionnalité recèle une triple prétention à rayonner au-delà.

D'abord, parce que les décisions du Conseil présupposent par hypothèse la normativité des dispositions constitutionnelles sur lesquelles elles reposent. L'essor du contrôle de constitutionnalité a ainsi pour corollaire une juridicisation des droits fondamentaux, qui devrait logiquement se manifester au-delà des seules décisions du Conseil, pour influencer, en aval, sur celles des juridictions ordinaires. La constitutionnalisation des droits de la défense, de la liberté individuelle, du droit au respect de la vie privée, de la notion d'économie des contrats, du principe de la responsabilité individuelle pour faute, de la liberté de

conscience ou de religion, pourrait-elle rester sans incidence sur les jugements et arrêts à venir ?

Ensuite, parce que le Conseil constitutionnel lui-même a développé une technique faite pour donner à ses décisions une prise sur l'application des textes examinés : on vise ici, évidemment, cette belle invention que constituent les réserves d'interprétation. La constitutionnalité sous condition qui en résulte est précisément une manière pour le Conseil de sortir de cette alternative qu'il a bien dû juger sclérosante, selon laquelle il ne peut que déclarer la loi contraire ou conforme à la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité prétend désormais connaître un destin bien au-delà de cette seule étape de la procédure législative, situé entre le temps du vote et celui de la promulgation de la loi.

Enfin, parce que le Conseil, lorsqu'il rend une décision à propos de la loi dont il est saisi, en vient nécessairement à délivrer un message qui vaut au-delà de cette seule loi, pour des textes législatifs qui contiendraient des dispositions similaires à celles expressément examinées. Le contrôle de constitutionnalité d'une loi est toujours indirectement un contrôle d'autres textes qui ont pu échapper à son examen. Mais puisque précisément celui-ci n'a pas eu lieu, le relais pourrait bien être pris par les juges chargés de l'application des textes. Le contrôle de constitutionnalité d'une loi survivrait à son objet premier. Il n'est pas exagéré de penser que l'existence d'un contrôle de constitutionnalité centré sur certaines lois est en soi une manière d'inviter à un contrôle généralisé de la loi.

93

9
Voilà pourquoi du côté des juges dits ordinaires, les décisions du Conseil constitutionnel résonnent de plusieurs bruits.

Le premier signe de cette influence s'est traduit par une reconnaissance du caractère normatif des principes et droits constitutionnels qui constituent le « bloc de constitutionnalité ». C'était le moins : la juridicisation du droit constitutionnel, sous l'égide du Conseil constitutionnel, a contribué à transformer la nature des énoncés contenus dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dans le Préambule de la Constitution de 1946 ou encore ceux formulés dans le corps de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a fait basculer ce que certains pouvaient considérer comme une littérature des droits de l'homme du côté du droit.

Cette juridicisation connaît un net écho, qui retentit dans l'ensemble du droit. Ainsi, dans un univers juridique constitutionnalisé, qui met

à son sommet les droits constitutionnels, la portée d'une référence aux principes constitutionnels est désormais tout à la fois symbolique et juridiquement efficace. La première chambre civile de la Cour de cassation peut alors considérer que le devoir d'information de son patient « trouve un fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹ », la Chambre sociale se référer au droit de grève, « constitutionnellement reconnu² » et le Conseil d'État invoquer la liberté de religion fondée sur l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme³. Le sceau constitutionnel vient permettre le jugement en même temps qu'il assoit sa force, puisque c'est le sommet lui-même qui justifierait la décision.

94 **10**

À ce stade, l'irrigation ne vaut pas nécessairement collaboration. Que le système juridique se constitutionnalise peut être une conséquence de l'essor du contrôle de constitutionnalité sans attester une influence des décisions elles-mêmes. Pour que cette dernière se manifeste, il faut que le juge accepte de répondre aux invitations précises lancées par le Conseil constitutionnel.

Aussi, en quête de preuves d'une influence du Conseil constitutionnel, on sera tenté de souligner nombre d'hypothèses dans lesquelles les juges vont effectivement interpréter la loi de la manière voulue par le Conseil : le contrôle de constitutionnalité de la loi devient bien, en ce cas, ce que certains pourraient considérer comme une forme de contrôle délégué dès lors que le juge ordinaire se fait le garant d'une constitutionnalité préalablement admise sous condition. La manifestation devient patente lorsque le juge suit pas à pas la réserve d'interprétation qui aura pu être préalablement émise : le Conseil d'État a ainsi à diverses reprises accepté de mettre en œuvre les prescriptions posées par le Conseil constitutionnel, attestant, en ces hypothèses que la doctrine constitutionnaliste aime à souligner, une entente parfaite entre juges du Palais-Royal et, dans le même temps, une suprématie du juge constitutionnel sur son homologue administratif. Ce dernier n'est-il pas allé

1. Civ., 1^{re}, 9-10-2001, *D*, 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin ; *JCP* éd. G, 2002, II, p. 10045, note O. Cachard.

2. Nombreuses décisions, dont Cass. soc., 7-6-1995, *Droit social*, 1995, p. 835, obs. J.-E. Ray.

3. Par ex. CE, 28-9-1998, *Ass. séfarade de Mulhouse, RFDA*, 1998, p. 1275.

jusqu'à laisser entendre que la réserve doit être scrupuleusement appliquée même si elle peut conduire à des aberrations⁴ ?

11

Fructueuse, la collaboration franchit une étape lorsque le juge ordinaire prend appui sur des dispositions supralégislatives en s'inspirant du Conseil constitutionnel, voire en l'imitant. Certaines décisions de justice ont ici valeur d'exemple, au point d'être devenues modèles du genre – idéal – d'une réception de la jurisprudence constitutionnelle⁵. Le juge ordinaire ne devient-il pas alors juge constitutionnel à son tour ? C'est assurément le cas lorsqu'il procède à un contrôle de conventionnalité de la loi sur le fondement de normes identiques à celles prises en compte par le Conseil constitutionnel. Il opère bien alors un contrôle de constitutionnalité, que l'on a pu qualifier de « honteux », parce que masqué derrière un contrôle de la conventionnalité⁶. Dès lors que la norme à l'origine de sa décision est identique à celle sur laquelle le Conseil constitutionnel prend appui, on ne peut qu'accéder à l'idée que le juge ordinaire aura accompli un contrôle de même nature⁷.

95

12

Ces développements conduisent ici à une double conclusion. En premier lieu, notre contrôle de constitutionnalité exige que le juge ordinaire accepte de répondre aux invitations précises lancées par le Conseil constitutionnel. Car celles-ci existent. Le constat est d'importance, qui n'a pas toujours été saisi et pris en compte. Une des spécificités de notre contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois réside dans le fait qu'il ne peut en réalité pleinement se réaliser au stade auquel il est cantonné. Le contrôle *a priori*, pour être cohérent avec lui-même et en dépit de la

4. Voir concl. P. Frydman, CE, ass., 11-3-1994, *SA La Cinq, Rec.*, p. 118 ; *RFDA*, 1994, p. 441 ; *JCP*, 1994, II, p. 22340, note M.-C. Rouault ; *RDP*, 1995, p. 517, note J.-M. Blanquer ; pour une étude très complète de la jurisprudence administrative, voir Thierry Di Manno, « L'influence des réserves d'interprétation », in Guillaume Drago et alii (dir.), *La Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, spéc. p. 244.

5. Parmi d'autres, voir les arrêts *Bogdan* et *Vuckovic* de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendus le 25 avril 1985, *D*, 1985, p. 329, concl. H. Dontenwille ; *Gazette du palais*, 1985, I, p. 408 ; *JCP*, 1985, II, p. 20465, note W. Jeandidier ; *RSC*, 1985, p. 639, chron. M. Marcus.

6. Michel Jéol, « Les techniques de substitution », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, PUAM, 1995, p. 69.

7. Sur ce constat, voir dans la présente revue, Denys de Béchillon, « Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ? »

particularité que révèle sa dénomination même, ne peut rester sans répercussion en aval. Ainsi, même pour les lois déferées au Conseil, on ne peut ignorer le fait que la subsistance de leur conformité à la Constitution est souvent conditionnée à l'interprétation qu'en feront les juges. Surtout, seules quelques lois sont déferées au Conseil et le principe même d'une supériorité des normes constitutionnelles sur la loi, qui est au fondement de l'intervention de la jurisprudence constitutionnelle, ne saurait souffrir que le reste du droit puisse s'épanouir hors du droit constitutionnel. C'est la prétention systémique au « tout constitutionnel », que porte en elle la logique d'une soumission de la loi à une règle supérieure.

96 En deuxième lieu, l'exercice consistant à évaluer le degré d'irrigation de notre ordre juridique repose sur une sélection de décisions qui rendent compte des formes multiples que peut emprunter la diffusion de la jurisprudence constitutionnelle : reconnaissance de la nature juridique des énoncés constitutionnels, mise en œuvre de l'interprétation de la loi voulue par le Conseil, imitation des solutions prônées par le Conseil constitutionnel... La multiplicité des formes ainsi mises en lumière n'est pas douteuse. Mais l'exercice consistant à accumuler les décisions qui les expriment est trompeur. À double titre : d'une part, il ne répond nullement à une approche quantitative du phénomène de la diffusion (c'est impossible : quel est le taux d'irrigation ?), en dépit des efforts de certains auteurs pour aller jusqu'à recenser les moindres décisions judiciaires ou administratives⁸ ; d'autre part, soigneusement sélectionnées et orientées vers une démonstration toute apaisante, multipliées à dessein, ces décisions mises bout à bout conduisent à penser que tout irait pour le mieux dans le meilleur des mondes constitutionnels (c'est-à-dire sous l'influence du Conseil constitutionnel). Or, sauf à s'adonner à un exercice de propagande constitutionnaliste, on ne saurait masquer l'envers, qui révèle un aspect bien moins harmonieux de l'insertion des décisions du Conseil constitutionnel dans l'ordre juridique.

8. Voir la chronique régulière de jurisprudence constitutionnelle de Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux à laquelle rien n'échappe : TGI d'Aix-en-Provence, cour d'appel d'Agen, de Papeete, TA de Besançon, de Caen, de Dijon, ordonnances de Premier président, etc.

DES LACUNES ET DES DÉFICIENCES QUI SUBSISTENT

13

Il faut tout reprendre. Car le droit positif, loin de témoigner d'une parfaite cohérence, rend compte d'une difficile acclimatation de l'ordre juridique à la constitutionnalisation du droit. La raison principale est liée au fait que l'organisation du système français n'a nullement été pensée au regard du phénomène que constitue l'essor du Conseil constitutionnel. À quoi s'ajoutent des obstacles plus théoriques pour les uns ou plus contingents pour les autres : hostilité à l'encontre d'un contrôle de constitutionnalité qui vient ébranler la souveraineté nationale et remettre en cause un dogme – celui de la suprématie de la loi – qui, tout en n'étant plus de saison, continue à contraindre les esprits ; méfiance sinon défiance à l'égard d'une institution dont la composition aussi bien que les règles de procédures ne seraient pas garantes d'une *jurisdictio* irréprochable... Aussi bien les difficultés relèvent-elles de trois ordres : autorité, compétitivité, légitimité.

97

14

Des décisions juridictionnelles qui témoignent d'une application de normes constitutionnelles, qui marquent une imitation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par les juges ordinaires, qui attestent un respect des directives d'interprétation de la loi formulées par le Conseil ?

Si les exemples n'en manquent pas, on pourrait tout aussi bien leur opposer leurs contre-épreuves, toutes ces décisions par lesquelles les juges appliquent des normes constitutionnelles pour leur faire dire ce que le Conseil n'a jamais exprimé, celles par lesquelles le juge contourne voire méconnaît les solutions voulues par le Conseil. Bref, toutes décisions qui caractérisent un refus de se soumettre et empêchent précisément l'irrigation. Elles témoignent d'un problème d'autorité, résumé dans cette formule posée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation lorsqu'elle a eu à fixer le régime de la responsabilité du président de la République : « Si l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, ces décisions ne s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles qu'en ce qui concerne le texte soumis à l'examen du

Conseil⁹. » Par là, la Cour de cassation a pu ménager son indépendance de jugement par rapport au Conseil constitutionnel¹⁰. L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel se trouve ainsi strictement bornée, puisqu'elle ne peut jamais porter que sur le texte de loi examiné. Seul ce qui est dit de la loi déférée au Conseil constitutionnel peut ainsi être vecteur de l'autorité de ses décisions au sens de l'article 62 de la Constitution ; les interprétations de la Constitution se trouvent donc dépourvues de toute autorité.

98 La solution revient ni plus ni moins à refuser que le Conseil constitutionnel puisse tenir rang de cour suprême dans l'ordre constitutionnel. Elle a dès lors pour effet direct de laisser les juges construire leur propre jurisprudence constitutionnelle en construisant *leur* interprétation des normes constitutionnelles¹¹. D'où l'idée que lorsque les juges ordinaires suivent le Conseil constitutionnel, ils ne procéderaient jamais que d'un choix volontaire et conservent la main. Il existe donc plusieurs juges constitutionnels en droit français. Mais tous ne procèdent pas au même contrôle. Aucun n'est supérieur à l'autre. L'ordre constitutionnel n'existe pas.

15

Des décisions des juges ordinaires qui viennent relayer le Conseil constitutionnel, pour assumer un contrôle de constitutionnalité auquel il ne lui a pas été donné de procéder ? Le constat en a été fait précédemment au regard du contrôle de conventionnalité de la loi. Mais cette analyse provient précisément du refus permanent des juges de contrôler la constitutionnalité de la loi. Solution d'hier¹², maintes fois répétée. Mais désormais jaunie. Comment expliquer un tel déficit de compétitivité des dispositions constitutionnelles par rapport aux normes euro-

9. Cass., ass. plén., 10-10-2001, chron. Pierre Avril et Jean Gicquel, *Les Petites Affiches*, 30 octobre 2001, p. 11 ; chron. Guillaume Drago, *Rev. adm.*, 2001, p. 637 ; chron. Dominique Chagnollaud, *RDP*, n° 6, 2001, p. 1613.

10. Plus précisément par rapport à 98-408 DC, 22-1-1999, relative au traité portant statut de la Cour pénale internationale.

11. Ainsi devant la Cour de cassation, voir, parmi d'autres, Civ., 1^{re}, 4-1-1995, *RTD civ.*, 1996, p. 932, obs. F. Zénati et les réf. : l'obligation imposée à un époux divorcé de consentir un bail rural à son ex-conjoint constitue une restriction au droit de disposer qui méconnaît le droit de propriété, « droit fondamental de valeur constitutionnelle » ; ou devant le Conseil d'État, la consécration d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, parfaitement ignoré du Conseil constitutionnel, « selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique » : arrêt *Koné*, *RTD civ.*, 1997, p. 787 et les réf.

12. *Crim.*, 11-5-1933, S, 1833, 1, 357.

péennes ? Comment comprendre que celles-ci puissent être appliquées contre la loi là où celles-là ne le pourraient¹³ ? Parce que le Conseil constitutionnel aurait le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois ? Parce que admettre le pouvoir du juge pour faire prévaloir la norme constitutionnelle serait « méconnaître la Constitution qui établit le principe de l'intangibilité de la loi promulguée qui est une des caractéristiques majeures de notre texte fondamental¹⁴ » ?

Pourtant, la solution est trois fois injustifiée. Tout d'abord, le Conseil constitutionnel n'a compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois qu'« avant leur promulgation » (art. 61 de la Constitution), de telle sorte que le contrôle des lois postérieurement à leur promulgation ne constitue pas un empiètement de compétence. Ensuite, parce qu'il n'est pas question que le juge ordinaire annule la loi inconstitutionnelle et méconnaisse le principe de séparation des pouvoirs : il doit simplement l'écarter, selon la même méthode que celle employée sur le fondement des dispositions conventionnelles. Enfin, parce que cette prérogative relève bien de la mission du juge¹⁵.

Si elle est juridique, la norme constitutionnelle doit donc l'être pour ce qu'elle est : une disposition à valeur supralégislative.

99

16

Une diffusion croissante de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par une doctrine qui prône son hégémonie ? Tableau caricatural et réducteur. La diffusion du droit constitutionnel est loin d'être acquise. Ce nouveau droit reste encore matière de spécialistes, alors même qu'il aspire à devenir droit commun, base du droit et ainsi patrimoine de tous. Au reste, certains de ceux qui en appellent à son expansion contribuent notablement à en faire une matière de moins en moins accessible, tandis que les autres rechignent à s'y intéresser, quand ils ne la méprisent pas, tout simplement. La constitutionnalisation requiert pourtant une diffusion à tous et par tous. Il ne saurait être question de réception du

13. Alors même qu'elles sont censées leur être supérieures dans l'ordre interne, selon les mêmes juges – devant le Conseil d'État : arrêts *Koné*, *Sarran*, *Levacher* et *autres*; devant le juge judiciaire : arrêt *Fraisse*.

14. Louis Favoreu et Thierry Renoux, « Rapport général introductif », *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, préc., p. 15, spéc. p. 24.

15. Ainsi dans l'ordre judiciaire, l'article 12 du nouveau code de procédure civile prévoit qu'il « tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », tandis que l'article 604 du même code énonce que « le pourvoi tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

droit constitutionnel par les autres branches du droit si ceux qui enseignent ces dernières, en systématisent les règles et en proposent les évolutions devaient ignorer les apports de la jurisprudence constitutionnelle. Les mutations du droit, pour qu'elles puissent se faire avec le Conseil constitutionnel, passent par une intégration des solutions qu'il a pu délivrer au sujet de chaque domaine du droit.

À une indifférence encore patente de nombre de juristes dont la formation a pu faire l'économie de cette source supplémentaire, s'ajoute, plus grave, une méfiance à l'égard de cette « jurisprudence venue d'ailleurs », selon l'expression du doyen Carbonnier. Problème de légitimité. La constitutionnalisation du droit, comme la publicisation du droit privé dénoncée au milieu du XX^e siècle et objet, alors, de vives controverses doctrinales, n'est pas sans provoquer maintes craintes de la part de certains, qui redoutent l'impérialisme du Conseil constitutionnel. Selon les hypothèses et les degrés de suspicion, sont mises en doute sa composition, son indépendance, la procédure singulière de prise de décision qui ne fait guère droit aux principes essentiels d'une bonne justice (dont le Conseil constitutionnel assure par ailleurs le respect : contradictoire, publicité des débats, etc.). Les privatistes n'y reconnaissent pas souvent leur droit et ses raisonnements (et pour cause). Certes, le rejet de ses solutions est également souvent teinté de considérations politiques autant que purement juridiques. Mais en toute hypothèse, et quels que soient les motifs avancés, on sait que le rejet est la marque de l'échec d'une greffe, un obstacle à une bonne réception, diraient les comparatistes.

17

Où en est-on ? Perdu sans nul doute dans ces solutions contrastées et souvent contradictoires. L'ordre juridique n'est pas adapté à la constitutionnalisation du droit. Celle-ci avance assurément, mais en désordre et sans cohérence. La juridicisation du droit constitutionnel impose que les principes et règles constitutionnels puissent revendiquer un rôle au moins équivalent à celui des normes conventionnelles. Or les juges composent avec les normes constitutionnelles, sans avoir encore su leur prêter l'effet juridique que leur valeur sous-entend. Notre système juridique est structuré en ordres de juridiction et sa logique repose sur l'existence d'organes censés unifier l'application de la règle au sein de chaque ordre. Or, les juges, constitutionnel, administratif et judiciaire, en font des applications plurielles au risque d'un désordre normatif lié à la diversité de jurisprudences constitutionnelles qu'ils bâtissent.

La situation présente est celle d'un entre-deux, celle d'une tension entre un essor des droits fondamentaux et une hostilité au contrôle de la loi par le juge, celle d'une dissonance entre le contrôle de conventionnalité et celui de constitutionnalité, celle d'une diffusion de la Constitution à tous les ordres de juridictions mais d'une absence de communication organisée entre eux. Assurément, étudier l'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel, c'est constater une nécessaire évolution de notre système juridique. Il faut une application des droits constitutionnels pour ce qu'ils sont ou bien il faut les remettre dans leurs préambules naguère ensommeillés. Il faut un organe apte à unifier l'interprétation des normes constitutionnelles ou bien il faut empêcher la Constitution d'entrer dans les prétoires. Il faut faire en sorte que les jurisprudences constitutionnelles relèvent des prérogatives de tous les juristes ou bien il faut en empêcher l'existence.

101

Faut-il organiser ce nouveau droit constitutionnel autour du Conseil constitutionnel ? Il y faudrait une réforme d'ampleur, de son organisation et de sa procédure, mais aussi de sa composition. Et faire porter la réflexion sur la réforme de la saisine... Tournons la page.

R É S U M É

L'essor du contrôle de constitutionnalité s'est assurément traduit par une influence croissante des décisions du Conseil constitutionnel sur l'ensemble du système juridique. Les manifestations de cette influence sont diverses, qu'elles opèrent en amont, au stade de la préparation des textes, ou en aval, devant les juges ordinaires. Mais l'important est de constater que le système juridique est loin d'être parfaitement adapté à cette influence croissante, de telle sorte que l'irrigation des décisions du Conseil constitutionnel reste imparfaite. À l'évidence, une évolution du système juridique est nécessaire, afin de permettre son adaptation à cette nouvelle source de droit.

ÉLARGIR LA SAISINE
DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL ?

COMMENT COMBATTRE UN SERPENT DE MER ? Mettons qu'il y 103
faille quelque précaution et qu'aussi bien, à la question de savoir
s'il est aujourd'hui souhaitable d'ouvrir à de nouveaux acteurs le droit
de soumettre des lois au Conseil constitutionnel, mieux vaudrait ne pas
répondre trop vite, c'est-à-dire sans s'être interrogé un bon moment sur
la nature exacte de ce que l'on reproche au système.

Car il n'est pas si simple d'apporter une condamnation efficace de
l'actuel encadrement de la saisine. Prenons l'instrumentalisation politique
du Conseil constitutionnel, par exemple ; la critique de ce phénomène
s'impose, pour ainsi dire, avec assez d'évidence pour que l'on puisse faire
fond là-dessus. Comme on sait, les dispositions législatives de prévention
du terrorisme édictées peu après le 11 septembre n'ont jamais franchi
les portes du pavillon Montpensier. Leurs auteurs se seraient rendu
service à eux-mêmes, en même temps qu'à la démocratie, si, pour sous-
traire leur texte aux suspicions d'inconstitutionnalité dont il était l'objet
çà et là, ils avaient, de leur propre chef, demandé au juge d'en dire l'ortho-
doxie, mais il n'en a rien été. Dans un autre genre, le dispositif « anti-
Perruche » de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades, avait
(et a toujours) de quoi faire lever suffisamment de sourcils juridiques pour
que l'on ne soit pas incité à démissionner d'emblée de tout esprit critique
à son égard, y compris dans les rangs des contempteurs de ce célèbre arrêt.
Mais de nouveau, cela n'a pas suffi à provoquer la saisine du Conseil¹.

1. On se remémore que ce fameux dispositif aboutit à exonérer mécaniquement le corps
médical de toutes ses fautes en matière de diagnostic prénatal de handicap, sans aucun
égard pour la gravité de ces fautes, dès lors qu'elles ne sont pas réputées avoir « directement »
causé la maladie en question, y compris dans le cas où elles ont rendu possible l'expression du

Ergo, il n'est certes pas interdit de regretter cette instrumentalisation², ni même de blâmer à maints égards ceux qui s'y livrent. N'empêche : il n'y a rien là-dedans pour fonder une condamnation proprement juridique. Tout cela découle des conditions posées pour accéder au Conseil, bien sûr, mais ni cet effet ni sa cause ne sont en soi déficients sous l'angle du seul droit, car il faut, pour fustiger en soi l'évitement du juge constitutionnel, postuler que toutes les lois doivent pouvoir lui être déferées, toujours, indépendamment de leur contenu et des contingences politiques. Or il n'est pas interdit de voir les choses autrement. *Primo*, le raisonnement est circulaire, et donc logiquement faible, qui aboutit à déduire d'un postulat – les lois doivent être toujours susceptibles d'être soumises au juge – la critique des conséquences produites par le postulat contraire – les lois peuvent, si certaines autorités politiques le jugent utile, ne lui être pas déferées. *Secundo*, ce postulat contraire n'est pas lui-même illégitime : le fait que la saisine du Conseil

handicap – c'est-à-dire la vie handicapée elle-même. Or cela ne s'accorde pas immédiatement avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, d'une part, a constitutionnalisé le principe de la responsabilité pour faute de l'article 1382 du code civil dans sa décision relative au PACS, et, d'autre part, a plusieurs fois affirmé l'inconstitutionnalité des dispositions législatives d'exonération des fautes les plus graves. On observera en outre que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont on ne sache pas qu'elle soit dépourvue d'incidence sur la manière dont le Conseil constitutionnel interprète aujourd'hui les dispositions constitutionnelles de protection des droits fondamentaux, n'invite pas à prendre ce genre de mesures. On lit par exemple, dans un important arrêt *Fayed*, que « le fait qu'un État puisse, sans contrôle des organes de la Convention, soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes ne se concilierait pas avec la prééminence du droit dans une société démocratique ni avec le principe fondamental qui sous-tend l'art. 6-1. Les revendications doivent être portées devant un juge » (CEDH, 21-9-1994, *Fayed*, § 65). Pour le moins, et ainsi qu'en attestent les conclusions de M. Olson sur l'avis *Draon* (CE, 6-12-2002, req. 250167), la discussion est donc permise.

2. Observons que l'instrumentalisation peut aussi avoir lieu dans l'autre sens, et résulter, non d'une absence de la saisine, mais des conditions dans lesquelles on la suscite. C'est ainsi que deux ou trois fois de suite dans la période récente (éco-taxe, modernisation sociale, etc.), le gouvernement a, semble-t-il, provoqué pour ainsi dire le recours de l'opposition au Conseil constitutionnel en entretenant l'espoir que ce dernier censure une disposition ostensiblement contraire à sa jurisprudence, mais dont le maintien dans le projet de loi permettrait de flatter telle composante indisciplinée de la « majorité plurielle ». La perspective était ici, une fois l'annulation acquise, de laisser rejeter sur le Conseil la responsabilité d'avoir empêché l'entrée en vigueur de cette mesure dont, dans le fond, on ne voulait pas. Et comme les bonnes âmes ne manquent jamais pour chanter la chanson que l'on attend d'elles sur l'air du gouvernement des juges, c'est évidemment la scène de Pilate qui put être rejouée, au détriment du Conseil. Pour la dénonciation de ce vice et de ses graves conséquences, cf. les réquisitions implacables de Guy Carcassonne, « Modernisation sociale et régression politique », *Droit social*, mars 2002, p. 254.

s'analyse en un acte politique réservé à des autorités politiques n'est rien d'autre que la résultante d'un choix constitutionnel, très volontaire, qui repose, jusqu'ici, sur deux piliers non dépourvus de solidité en regard de notre histoire républicaine : 1) la loi, expression de la volonté générale, n'est pas une règle comme les autres, 2) le contrôle de constitutionnalité de la loi, même juridictionnel dans sa forme comme dans sa nature, n'en est pas moins une arme dont l'usage a été sciemment confié par la Constitution à des acteurs investis du pouvoir de participer eux-mêmes au processus d'élaboration et de promulgation de la loi. Autrement dit, l'acte de saisir le Conseil constitutionnel a été forgé, par le constituant, comme un accessoire du statut des principaux acteurs de la vie des institutions politiques, dans la majorité, puis dans l'opposition. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que ces acteurs fassent, de l'instrument qui leur a été donné, l'usage – tactique – que l'on fait en politique des instruments dont on dispose.

105

Réciproquement, il faut admettre le cœur léger que l'idéologie de la banalisation de la loi, comme son corollaire désormais habituel – la vertu qu'il y aurait à ce que chaque citoyen se voie reconnaître le droit (subjectif ?) de déclencher un contrôle de sa correction juridique –, n'est elle-même rien d'autre qu'une idéologie. Sa valeur, comme son aptitude à recueillir l'adhésion reposent, elles aussi, sur une (ou plusieurs) option(s) de philosophie politique – et donc sur une série de choix historiquement situés, appuyés sur un système de valeurs qu'il est sans doute possible de ne pas partager, et qui doit être assumé comme tel dans la discussion technique sur les mérites comparés de tel ou tel système de contrôle de constitutionnalité. Il n'est, en aucun cas, inacceptable en soi du point de vue juridique que le prétoire du Conseil constitutionnel soit fermé comme il l'est aux demandes des juges ou des particuliers. Tout juste cela relève-t-il d'une pesée différente dans la balance des droits et prérogatives respectifs des justiciables et du Parlement.

Laissons de côté la possibilité offerte à chacun de s'engager en faveur de telle ou telle option. Et demandons-nous seulement s'il est possible d'en découdre au sujet de la saisine du Conseil constitutionnel sur un terrain que l'on pourrait dire raisonnablement neutre³.

3. L'atmosphère du débat étant ce qu'elle est ces temps derniers, mieux vaut rabâcher ce qui devrait aller sans dire, à savoir que l'effort pour essayer de contenir une discussion juridique dans des limites d'une approche qui se veut un tantinet scientifique – d'aucuns osent encore appeler cela le positivisme – n'empêche aucun renoncement à la lucidité politique, ni aucune prétention à se tenir hors du jeu (politique, lui aussi). Il repose seulement sur l'idée,

Entre autres, une réponse favorable plausible s'articule autour de l'idée qu'une discussion de ce type peut être féconde lorsqu'elle porte sur le degré de la cohérence interne de l'ordre juridique considéré. Pour le problème qui nous intéresse ici, cela revient à se demander si, eu égard à l'ensemble des réquisits idéologiques sur lesquels il s'élève, notre schéma de contrôle de constitutionnalité des lois est, ou non, conséquent, accordé avec lui-même, lorsqu'il conserve le mode de saisine qui est le sien.

C'est à ce type de considération que l'on souhaiterait ici s'attacher. Ou plus exactement à la dimension conjoncturelle de cet angle d'attaque : cela revient à se demander si, eu égard au contexte juridique qui est celui de la France aujourd'hui, l'harmonie première du système est encore maintenue⁴. Certaines interrogations radicales naissent en effet de ce qu'est devenu le statut contentieux de la loi dans l'architecture générale du paysage juridictionnel français. Et ce sont elles qui, semble-t-il, permettent désormais de discuter le plus utilement de l'ouverture, ou non, de la saisine du Conseil constitutionnel.

106

éthique si l'on veut, selon laquelle les intellectuels se doivent la plus grande clarté possible sur le *statut* des arguments qu'ils emploient : qu'une conviction morale, politique, religieuse, etc. peut parfaitement être entendue à condition de s'afficher comme telle. Le positiviste, sous ce rapport, n'est évidemment pas celui qui croit en la « pureté » du droit – qui y croit ? –, mais celui dont le projet consiste à faire ce qu'il peut pour renoncer à l'escroquerie par laquelle il serait amené à dissimuler, volontairement ou non, une conviction subjective sous les apparences d'un discours « juridique ». C'est pour cela, et peut-être pour cela seulement, que la question de savoir comment et avec quoi l'on peut essayer de faire science dans le domaine du droit présente un intérêt. Il n'y a rien, là-dedans, qui pousse à croire en la neutralité du droit ou à renoncer à « l'engagement ». Plutôt le contraire : c'est parce que le positiviste – au moins au sens où, dans une filiation kelsenienne bien comprise, on peut se le représenter – *sait* que le droit ne *peut pas* être neutre qu'il tente de se donner à son propos les moyens d'un certain discernement. Et c'est aussi parce qu'il veut croire en la possibilité d'un engagement véritable, c'est-à-dire effectué au titre d'une subjectivité assumée contre la règle à ses yeux injuste, qu'il essaie de ne pas trop voiler ses sentiments sous un masque de (fausse) science.

4. Cet angle d'attaque n'est pas le seul légitime. Toujours au sujet de la saisine du Conseil constitutionnel, on pourrait aussi s'interroger sur telle dimension plus structurelle de la cohérence de l'état de droit français. Une enquête *de commodo* et *incommodo* gagnerait notamment à être diligentée sur la question des conflits constitutionnels – c'est-à-dire des conflits d'interprétation de la règle constitutionnelle entre pouvoirs institués – là où aucun (autre) juge ne se reconnaît de compétence utile pour trancher. Le célèbre problème, irrésolu en droit, de l'obligation faite, ou non, au président de la République de signer des ordonnances de l'article 38 en période de cohabitation reste, entre autres, assez saillant pour que l'on ne perde pas cela de vue. Il n'est guère cohérent qu'il ne soit pas loisible aux principaux pouvoirs publics de solliciter un avis constitutionnel, lorsqu'une difficulté se fait jour au sujet de leurs relations mutuelles, au juge que la Constitution a largement créé *pour* assurer une certaine police des relations entre les institutions.

Expliquons-nous : par où que l'on prenne le sujet, l'objection la plus fondamentale à l'introduction, sous une forme ou sous une autre, d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* revient sans conteste à énoncer que, « admettre un tel recours, c'est renoncer à l'immunité juridictionnelle de la loi promulguée. Or, d'un point de vue institutionnel, cela fait partie, en quelque sorte, de notre héritage républicain ; et d'autre part, c'est lié à l'idée de sécurité juridique dont elle constitue une garantie. En l'état actuel du droit positif, chacun est en droit de considérer que la stabilité de la loi promulguée est assurée et que l'on peut bâtir des projets sur la base de cette loi⁵ ». Reste que, et c'est tout le problème, on peut sensément se convaincre désormais que l'immunité juridictionnelle de la loi est bel et bien défunte en conséquence du contrôle généralisé de sa conventionnalité internationale par les juges ordinaires⁶. Le thème de la saisine du Conseil constitutionnel peut et doit donc, à cette lumière, être examiné à nouveaux frais.

107

L'ÉTAT DU PROBLÈME

Passons vite sur ce qui ne semble plus devoir faire l'objet de longues discussions : le contrôle de conventionnalité internationale de la loi par les juges administratifs et judiciaires équivaut, matériellement parlant, à un contrôle de sa constitutionnalité⁷. Il faut dire et redire que la masse des règles internationales et européennes directement applicables sur le sol français inclut et dépasse en volume, en périmètre et, parfois, en précision, le corpus de nos règles constitutionnelles⁸. Aussi bien, lorsque le juge du tribunal de Melun accepte, à la demande d'un requérant, de ne pas appliquer telle loi dont il estime le contenu contraire à une norme internationale, il agit techniquement de la même manière que s'il avait

5. Louis Favoreu, « Sur l'introduction hypothétique d'un recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 10, 2001, p. 102.

6. Louis Favoreu en convient évidemment dans l'étude que l'on vient de citer. Il tempère seulement, on y reviendra, l'impact du contrôle de conventionnalité en raison de l'effet relatif des jugements auxquels il donne lieu.

7. Cela s'entend sous la seule réserve que ce contrôle porte sur le respect des seuls droits de fond. Les questions de procédure législative – « purement » constitutionnelles par hypothèse même – en sont bien évidemment exclues.

8. La liste des droits fondamentaux protégés est – on peut s'éviter d'ergoter à ce propos – globalement équivalente ici et là, mais, comme chacun sait, le droit communautaire fournit de son côté un réservoir normatif infiniment plus vaste que celui qui se circonscrit au champ *latu sensu* des droits de l'homme.

le pouvoir de manier la Constitution et parvient au même résultat. Il le fait seulement avec une marge de manœuvre plus étendue, puisque son contrôle porte aussi sur le respect de normes vulgaires, au sens où elles n'ont rien de matériellement constitutionnel⁹. Et cela impose d'admettre que les juges ordinaires français sont placés face à la loi dans une situation qui :

– d'une part, s'apparente beaucoup plus fondamentalement à celle de leurs homologues américains qu'à celle de leurs voisins européens – comme aux États-Unis, le contrôle ordinaire de la loi est, en France, concret, diffus et dépourvu d'effet d'annulation directe ;

– d'autre part, paraît moins corsetée que celle des juges américains : le contrôle de la loi y porte, on vient de le dire, sur un ensemble de normes à la fois plus vaste et moins spécifique, et il se déploie par-dessus le marché dans un contexte infiniment plus vierge, puisqu'il n'existe pas, en France, de culture juridictionnelle particulière à ce domaine, et encore moins de mécanismes spécifiques de recours.

Cette situation débouche sur quelques paradoxes, en plus de celui que représente le principe même d'un double contrôle du respect des « mêmes » normes.

Primo, contre la loi, la Constitution se trouve aujourd'hui beaucoup plus mal protégée – au sens où elle l'est de manière moins constante et moins ouverte – que ne l'est le droit international. Avec ce résultat curieux : on se satisfait de voir paralyser le jeu d'une loi contraire aux dispositions d'une directive rédigée par une armée de technocrates privés – ou peu s'en faut – de la moindre légitimité politique, et l'on s'accommode sans broncher de ne pouvoir obtenir la même censure au sujet d'une loi contraire à la Constitution.

Secundo, dans tous les cas, c'est quand même la Constitution que protège le juge ordinaire. En effet le contrôle de conventionnalité trouve à se justifier entièrement, à la Cour de cassation comme au Conseil d'État, dans la nécessité que soit apportée une pleine garantie à l'article 55 de la Constitution¹⁰. Ici comme là, c'est cette norme, et elle

9. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'une loi soit écartée pour contravention à n'importe quel règlement ou directive communautaire afférente à la notion de filet de dinde ou aux procédés d'appréciation chiffrée de la cambrure des bananes.

10. En jurisprudence française, l'hésitation n'a été possible qu'un bref moment. Devant la Cour de cassation, l'avocat général Touffait laissait, en 1975, planer un léger doute au sujet du fondement juridique de l'assujettissement de la loi : il entrevoyait la possibilité que la spécificité de l'ordre juridique communautaire la fournisse elle-même, directement et exclusivement. Mais ces vues furent abandonnées, à la Cour, qui admit vite que des traités non

seule, qui est réputée prescrire utilement la supériorité des traités sur les lois. De droit, c'est parce qu'elle contrevient à la Constitution en ne respectant pas le traité que la loi, violant ce traité, encourt les foudres du juge ordinaire¹¹. Malgré cela, l'on veut continuer à penser, comme si c'était vrai à tous égards, que le juge ne dit rien au sujet de la constitutionnalité de la loi.

Tertio, devant le juge ordinaire, il est loisible de parler de la constitutionnalité de la loi d'une autre manière encore : en conséquence d'une jurisprudence désormais bien acquise, la mise à l'écart de la loi pour inconventionnalité n'a pas lieu si le traité en cause est lui-même incompatible avec la Constitution¹². De nouveau, l'exercice est pourtant acrobatique qui consiste à juger, sans dire implicitement la conformité d'une loi à la Constitution, que cette loi doit finalement être appliquée, alors qu'elle viole un traité, parce que ce traité contrevient lui-même à la Constitution.

109

communautaires prévalent sur la loi, puis au Conseil d'État, dès l'arrêt *Nicolo*, puisque le commissaire du gouvernement Patrick Frydmann justifia d'entrée de jeu la nécessité du revirement que l'on sait *par* une interprétation nouvelle de l'article 55 de la Constitution, sans aucun démenti postérieur. On persistera d'ailleurs à penser que cette manière de voir répond, *de la part d'un juge national*, à une quasi-nécessité, largement corrélative à celle qui, pour lui, conduit à placer la Constitution au-dessus des traités. C'est assez simple : chacun peine logiquement à placer une autorité instituée (l'autorité diplomatique, par exemple) au-dessus de la norme qui l'institue (la Constitution). Et le juge – institué, lui aussi, par la Constitution – peine plus encore à se croire fondé à statuer lui-même sur la correction juridique de cette Constitution qui l'a fait exister et protège son propre statut. Cela posé, il faut ne pas perdre de vue que la position diamétralement contraire découle tout aussi inéluctablement de la manière qu'un juge *international* a, lui, d'appréhender ces questions. Le droit international, pour se penser comme un droit, *doit* se représenter lui-même comme supérieur à toutes les normes édictées par ces États, Constitution comprise. Il ne se reconnaîtrait pas comme obligatoire sans cela. Kelsen avait conçu, au moins un moment, qu'il n'existait pas d'argument juridique absolu pour privilégier la Constitution ou le droit international. On pourrait aussi dire que l'ordre constitutionnel interne, comme l'ordre international, *ne peuvent pas ne pas se penser supérieur l'un à l'autre*. Même si, de loin, cette ambivalence semble un peu bizarre.

11. On ne dira jamais assez que le fameux considérant par lequel le Conseil constitutionnel avançait, en 1975, qu'une loi contraire à un traité n'est pas pour autant contraire à la Constitution est purement et simplement intenable en la forme. Il ne se comprend, en vérité, dans le contexte où il a été énoncé, que comme un message d'incitation à l'adresse des juges ordinaires : le contrôle de conventionnalité n'étant pas réputé avoir la nature d'un contrôle de constitutionnalité, il peut être exercé par les juges ordinaires sans que ces derniers ne portent atteinte à la compétence d'attribution du (seul) Conseil constitutionnel en matière de constitutionnalité des lois.

12. Du côté du juge administratif, c'est la résultante des arrêts CE, ass. 3-7-1996, *Koné*, *Rec.*, p. 255, et CE, ass. 30-10-1998, *Sarran, Levacher et autres, Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 831 ; du côté du juge judiciaire, c'est celle d'un arrêt Cass., ass. plén., 2-6-2000, *Fraïsse, Gazette du palais*, 24-28 décembre 2000, p. 7, note Flauss.

110 *Quarto*, et c'est de loin le plus important, il apparaît que ce qui représente, peut-être, la mutation la plus fondamentale dans la culture constitutionnelle française depuis la Révolution – à savoir la transformation radicale du rapport individuel du citoyen à la loi – est en train de se jouer en dehors du champ constitutionnel proprement dit. Il y a des siècles que l'ordre de la loi se conçoit comme inconditionnel, et que cette inconditionnalité détermine en large part l'identité même du sujet de droit : est sujet – assujetti – celui qui doit respecter et appliquer la loi, parce que le contrat social l'impose absolument. Et voici tout à coup que l'application de la loi s'opère sous bénéfice d'un inventaire en justice dont le sujet de droit est lui-même le maître. Brutalement, le citoyen se trouve investi du pouvoir de douter du bien-fondé de la loi et de la capacité de remettre en cause son empire sur lui, au nom du droit positif lui-même (en quoi la distance est grande entre ce thème du contrôle juridictionnel de la loi et celui, fondamentalement naturaliste, de la résistance à l'oppression). Nous sommes donc bien au cœur d'une rupture profonde dans l'ordre de la relation politique. Or l'exigence d'avoir à se conformer à la Constitution est, pour ainsi dire, évacuée de ce maelström. Et ce n'est tout de même pas mince. Ni mince ni dépourvu d'incidences aujourd'hui difficiles à apprécier. Car la question se pose de savoir, surtout si les choses restent en l'état, sur quelle assise s'établira la citoyenneté de demain puisque ni la loi ni la Constitution n'y parviendront plus. Serons-nous entrés pour de bon dans un univers politique déterminé de fond en comble par la relation de l'individu au juge, sans plus de discernement véritable sur ce qui le fonde, lui, à dire l'ordre légitime des choses ? Ou, contrôle de conventionnalité internationale aidant, sera-ce dans le projet plus ou moins fantasmé d'un droit commun mondial que nous ancrerons le plus gros de notre identité politique, sans égard particulier pour notre appartenance à des États ? *A fortiori* si se généralise encore la croyance ambiante (et passablement irréfléchie) en la capacité naturelle qu'auraient la « société civile » et/ou le « marché » à réguler eux-mêmes leurs relations propres en dehors ou au-delà de ces mêmes États...

On le voit, la question se pose donc actuellement de savoir si, et dans quelle mesure, l'ouverture aux citoyens du prétoire du Conseil constitutionnel, en tant qu'elle remettrait la Constitution au centre de ce nouveau rapport de l'individu à la loi et réduirait les paradoxes techniques qui viennent d'être rappelés, représenterait une bonne solution.

LE DILEMME DES SOLUTIONS

Avançons donc qu'il est devenu indispensable de donner aux sujets de droit le pouvoir de déclencher, par le truchement du juge ordinaire, un contrôle de constitutionnalité de la loi en vigueur, et pas seulement de sa conventionnalité internationale. Plaçons-nous, pour simplifier les choses, dans la perspective où une révision formelle de la Constitution serait décidée pour parvenir à cette fin. Et demandons-nous, de nouveau à la lumière de ce qu'est devenu le paysage du contrôle de la loi en France, ce qu'il serait conséquent de faire.

Deux familles de solutions principales semblent pouvoir se dégager – dont il est bien entendu que l'on ne saurait entrevoir ici que les plus grandes lignes.

111

La première consiste évidemment en l'introduction d'un mécanisme de question d'inconstitutionnalité, peu ou prou calqué sur celui prévu par les projets de révision savamment élaborés entre 1990 et 1993, et donc en un élargissement tempéré de la saisine du Conseil constitutionnel. Cela suffit-il à restaurer la cohérence du système ? Ce n'est pas certain si ce dernier n'est pas abondé par un important volet relatif au contrôle de conventionnalité internationale. Il apparaît en effet que la coexistence d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité concentré entre les mains du Conseil constitutionnel et d'un contrôle de conventionnalité diffus entre les mains des juges ordinaires menace, en l'état, de laisser perdurer – voire s'amplifier – une bonne partie des difficultés entrevues plus haut. On se souvient en effet que les deux contrôles portent volontiers sur des normes matériellement proches, si ce n'est identiques, c'est-à-dire sur des droits ou libertés équivalents et, que, par ailleurs, des conflits de compatibilité sont susceptibles d'apparaître entre les normes – constitutionnelle et internationale – applicables à la même loi. Or, dans un cas comme dans l'autre, la manière la plus sûre – la seule ? – d'assurer simultanément l'unité d'interprétation des normes possédant en gros le même objet et la primauté de la Constitution sur la règle internationale, consiste à concentrer entre les mêmes mains le contrôle de la loi dans son entier.

À structure normative constante – *i.e.* dans le cadre d'un système qui veut assurer le primat inconditionnel de la Constitution sur toutes les autres règles – le corrélat le plus immédiatement exigible à l'introduction d'une question d'inconstitutionnalité devant le juge constitu-

tionnel réside en une double mesure consistant, d'une part, à interdire au juge ordinaire de statuer lui-même sur la conventionnalité de la loi, et, d'autre part, à confier ce contrôle de conventionnalité au juge constitutionnel, saisi par le juge ordinaire selon le mécanisme mis en place pour le contrôle de constitutionnalité.

On sait que les principales objections avancées par le Conseil constitutionnel contre sa propre compétence pour contrôler la conformité des lois aux traités proviennent de la nature très particulière des effets que possède sa décision dans le cadre d'un contrôle *a priori*, *i.e.* l'annulation de la loi¹³. La perspective a toujours paru problématique selon laquelle une loi pourrait être irréversiblement annulée alors que le texte qui fonde son annulation est susceptible de disparaître (par exemple en conséquence de sa dénonciation) ou de perdre son applicabilité (par exemple en conséquence d'un défaut de réciprocité dans son application par l'autre État, s'il s'agit d'une convention bilatérale). Mais c'est dire là, *a contrario*, que ces difficultés peuvent justement être surmontées dans le cadre d'un contrôle effectué par voie de question préjudicielle, puisque l'effet de la sentence ne serait justement pas d'annuler la loi, mais d'en écarter le jeu de manière tout à la fois ponctuelle et, éventuellement, réversible en cas de changement dans les circonstances de droit.

Maître exclusif de l'interprétation authentique de la Constitution et du droit international dans le contentieux de la loi, le Conseil constitutionnel serait donc placé en situation d'assurer une garantie homogène et ordonnée de la hiérarchie des normes supérieures. Moyennant donc quelques aménagements limités, les projets de révision de 1993 permettraient bien de redonner une certaine harmonie à l'ordre juridique français.

Mais l'on peut également concevoir une seconde solution, dans le fond plus radicale encore, qui consisterait, plutôt que de le retirer, à enfoncer le clou jusqu'à la tête : cela reviendrait à doter les juges ordinaires du pouvoir d'examiner eux-mêmes la constitutionnalité de la loi en plus de sa conventionnalité.

Nul doute qu'une telle évolution soit hors de portée acceptable d'une conquête prétorienne : on s'accordera sans peine à estimer que la

13. Pour le développement de cette idée, on se permet de renvoyer de nouveau à notre étude, « Sur quelques incidences du contrôle... », *op. cit.*

compétence d'attribution du Conseil constitutionnel, dans le contexte étroit où elle est définie, vaut prohibition ferme de toute autre forme de contrôle de constitutionnalité de la loi¹⁴. Mais nous sommes ici convenus de postuler une révision de la Constitution, à savoir une liberté illimitée d'agir ; la table est donc rase pour en user.

Certaines objections immédiates se surmontent aisément. Rien n'empêcherait, par exemple, de limiter le jeu de l'exception (d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité) à la protection de droits de fond, et d'en exclure toute discussion de la procédure législative. Cela se peut surtout si, comme rien ne l'interdit à nouveau, l'on conserve aux autorités politiques, et à elles seules, le droit de saisir le Conseil constitutionnel avant promulgation, avec pleine latitude pour discuter alors de la protection de leurs propres droits institutionnels – procédure législative y compris – en plus des droits fondamentaux.

113

Admettons du même pas qu'une telle architecture se prête aisément au respect de deux conditions utiles.

La première porte sur les effets de la décision des juges ordinaires, qui n'aboutit évidemment pas à l'annulation de la loi. Car il faut un contre-poids à cette relative bénignité du contrôle si l'on veut garder à l'esprit la nature fondamentalement anti-égalitariste d'un système où il serait nécessaire à chaque individu de recourir au juge pour bénéficier de la protection de la Constitution, et en bénéficier seul. Or ce contre-poids n'est pas difficile à concevoir : moyennant tel ou tel filtre, il suffirait qu'une voie de droit permette au Conseil constitutionnel de statuer *erga omnes* sur la correction juridique de la loi. Sa décision aurait alors la valeur d'une déclaration solennelle d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité, par laquelle défense serait faite à tous, jusqu'à nouvel ordre¹⁵, d'appliquer la disposition illicite¹⁶. La question se pose, au demeurant, de savoir qui pourrait ainsi recourir au Conseil¹⁷, à

14. Pour un rappel des principaux arguments susceptibles d'être opposés à une introduction prétorienne du contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire, cf. Bruno Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, n° 6, p. 715.

15. S'entend : tant que la validité ou le contenu de la norme constitutionnelle ou internationale qui lui sert de fondement ne sont pas eux-mêmes remis en question ou modifiés.

16. On conçoit aisément que l'annulation rétroactive d'une loi déjà appliquée causerait de trop grands troubles à la stabilité juridique pour pouvoir être sérieusement envisagée.

17. On peut notamment se demander si, dans ce contexte, un recours dans l'intérêt de la Constitution ne devrait pas être ouvert à d'autres acteurs que les parties au procès, et notamment aux autorités actuellement investies du pouvoir de saisir le Conseil *a priori*, considérant qu'elles ne sont pas les plus mal placées pour cela.

quelles conditions¹⁸, et à quel moment¹⁹. Mais, pour peu qu'on y réfléchisse un peu, les solutions techniques ne manquent virtuellement pas dans ce domaine.

La deuxième condition porte sur le primat même du Conseil constitutionnel. Selon la logique promue, jusqu'ici, dans l'ordre juridique français, il n'est sans doute pas facilement acceptable que la loi républicaine soit l'objet d'un contrôle complètement banalisé sans qu'un juge constitutionnellement investi d'un statut spécial dispose *in fine* du pouvoir de trancher, avec le dernier mot, sur les divergences d'appréciation dont la correction juridique de cette loi peut faire l'objet. Sous ce rapport, il serait sans doute bon de doter le Conseil constitutionnel des attributs d'un juge de (super) cassation constitutionnelle et internationale, ainsi que de ceux d'un tribunal des conflits (constitutionnels et internationaux, là aussi). Telle est la condition pour que l'unité d'interprétation de la norme soit toujours susceptible d'être obtenue et la hiérarchie des règles constitutionnelle et internationale respectée²⁰. Rien ne s'oppose en outre à ce que, là aussi, ce pouvoir d'en appeler au juge suprême soit étendu aux autorités politiques en plus des requérants individuels, et à ce qu'il soit placé sous les conditions auxquelles on jugerait bon de l'assujettir. Rien n'exclut enfin – ici comme d'ailleurs dans l'hypothèse où une logique de question d'inconstitutionnalité serait préférée à ce contrôle diffus « encapuchonné » – que l'on se saisisse de ce débat pour réfléchir aux changements de composition du Conseil constitutionnel que ces évolutions pourraient justifier de plus fort, et tout particulièrement à l'entrée en lice de magistrats professionnels issus des deux ordres de juridiction et désignés par leurs pairs.

N'allons pas plus loin. Ce qu'il s'agit seulement de pointer ici, c'est qu'aucun obstacle infranchissable ne se présente devant l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité de la loi par le juge ordinaire qui ne s'éloignerait pas beaucoup de ce qui existe aujourd'hui dans le droit

18. Par exemple, de « filtrage » des requêtes.

19. En particulier, un débat devrait s'engager sur l'opportunité d'attendre l'épuisement des voies de recours ordinaires et sur les inconvénients ou inconvénients qu'il y aurait à ne pas le faire.

20. Sous réserve, toutefois, de l'objection théorique « réaliste » suivant laquelle le concept de hiérarchie des normes n'est pas lui-même une norme avant interprétation, et que tout interprète, quel qu'il soit, n'est par conséquent jamais tenu par lui. Cf. en ce sens la position d'Olivier Cayla, « Lire l'article 55 : comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 1999, n° 7, p. 77-86.

positif français, mais gagnerait en cohérence. On peut même aller plus loin : les aménagements techniques dont on vient d'esquisser quelques traits possibles, comme tout ce qui pourrait vraisemblablement être imaginé sur des bases comparables, va (ou irait) forcément dans le sens d'une re-concentration des pouvoirs de censure de la loi entre les mains du juge spécifiquement constitutionnel. Si paradoxal que cela paraisse, de telles mesures aboutiraient donc bel et bien à revenir en arrière par rapport au point de dilution du contrôle juridictionnel de la loi que nous avons aujourd'hui atteint par le biais de l'exigence de conventionnalité internationale. Bref, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois par le juge ordinaire, pour peu qu'on le chapeaute suffisamment, tendrait à nous rapprocher du modèle français originel, non à nous en éloigner encore.

115

Reste donc à savoir comment choisir entre ces deux voies, et sur quels arguments. Contre les apparences, la question ne relève pas, au fond, de la technique juridique. Les deux familles de systèmes, en effet, ne diffèrent vraiment que sur quatre points dont l'essence est fondamentalement d'ordre politique :

1) le degré d'amour et de confiance que l'on place en la justice ordinaire – il en faut un peu plus pour l'investir du pouvoir de juger du bien-fondé de la loi, que pour lui permettre seulement de saisir un juge constitutionnel ;

2) l'ampleur des prérogatives dont on veut doter le citoyen – le contrôle diffus hyperbolise le statut de l'individu en face de la loi, puisqu'il y détient forcément lui-même le droit de la faire juger ;

3) la valeur dont on crédite le procès pour la réalisation du droit – un système de contrôle concentré en minore la nécessité, puisque la portée générale de la sentence constitutionnelle aboutit à fixer tout de suite la règle *erga omnes*, et donc sans perspective imposée d'autres actions en justice ;

4) la symbolique dont on entend, ou non, créditer encore la loi, expression de la volonté générale, dans l'ordre républicain.

Mais qui ouvrira le débat ?

R É S U M É

La question de l'élargissement de la saisine du Conseil constitutionnel gagne aujourd'hui à être repoussée à la lumière de ce qu'est devenu le statut contentieux de la loi dans l'ordre juridique français. L'immunité de la loi promulguée est en effet défunte depuis que les juges ordinaires ont acquis le pouvoir d'écarter eux-mêmes son application en cas de contrariété à une règle internationale. En outre, ce contrôle de conventionnalité internationale équivaut largement à un contrôle de constitutionnalité puisqu'il sanctionne, sur le fond, le respect de normes similaires. La question centrale n'est donc plus, dans l'absolu, de savoir s'il convient ou non de doter les citoyens du pouvoir de saisir le Conseil constitutionnel, mais bien de savoir si, pourquoi, et dans quelles conditions, cette réforme serait la mieux à même de redonner au contrôle juridictionnel de la loi la cohérence qu'il a aujourd'hui perdue.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL, JUGE ÉLECTORAL

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL EST COMPÉTENT pour juger le contentieux né des élections politiques nationales¹. Aux termes de l'article 58 de la Constitution, il « ... veille à la régularité de l'élection du président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin ». L'article 59 prévoit, quant à lui, que « le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs² ». Il devrait en résulter, *a contrario*, que les juridictions administratives ne peuvent se prononcer que sur le contentieux des élections politiques locales, des élections européennes et sur celui des élections à caractère purement administratif. 117

Le choix du constituant en 1958 a donc été clair. Il a confié le contentieux des élections politiques nationales à une autorité juridictionnelle : le Conseil constitutionnel. Il ne pouvait guère en être autrement, dans la mesure où, pour l'élection présidentielle, l'absence de tout contrôle devenait intenable et où pour les élections parlementaires le système dit de la « vérification des pouvoirs » des III^e et IV^e Républiques avait clairement montré ses limites. Ce qui conduisait une grande partie de la doctrine à réclamer que « ... le contentieux de l'élection fût remis à une véritable juridiction³ ». Cette solution française d'attribu-

1. Sur la définition de cette notion d'« élections politiques nationales » par le Conseil constitutionnel, voir 82-146 DC, 18-11-1982, *Quotas par sexe, RJC*, p. 134.

2. Ne sera pas ici évoquée la compétence en matière référendaire que le Conseil constitutionnel tire de l'article 60 de la Constitution dans la mesure où elle soulève moins de difficultés, ou, pour être plus précis, des difficultés d'un autre ordre que celles abordées dans la présente réflexion.

3. Georges Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, p. 371.

tion du contentieux des élections politiques nationales au profit du juge constitutionnel est celle qui est maintenant la plus communément adoptée dans les constitutions modernes⁴. Ainsi, dans la plupart des pays d'Europe centrale et orientale, récemment acquis à la cause de la séparation des pouvoirs⁵, c'est ce mécanisme d'attribution du contentieux électoral à la juridiction constitutionnelle qui a été retenu.

118 Néanmoins, en cette période de « réformisme constitutionnel » que connaît notre pays où la Constitution est sans cesse remise sur le métier par les pouvoirs publics, sans compter ceux qui appellent de leurs vœux une hypothétique VI^e République, des critiques de plus en plus vives ont été adressées à l'encontre du système actuel de répartition des compétences en matière de contentieux électoral. En arrière-plan de ce débat sur le partage des compétences entre juge judiciaire, administratif et constitutionnel se profile la remise en cause de la qualité de juge électoral du Conseil constitutionnel. Dans ce contexte, il n'étonne plus personne que la *Revue du droit public* dans son numéro spécial consacré à la VI^e République puisse poser à d'éminents spécialistes de droit constitutionnel la question de savoir s'ils seraient « favorables à la suppression de la compétence du Conseil constitutionnel en matière électorale⁶ ». Quel est le phénomène qui a pu conduire à ce qu'une telle question puisse être posée aujourd'hui, alors qu'il y a encore quelques années, tout en n'éludant pas certaines difficultés inhérentes à toute activité juridictionnelle, la grande majorité des auteurs⁷ se louait du progrès représenté par la novation de 1958 ?

C'est à cette question que nous voudrions répondre sans prétendre faire un relevé exhaustif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière électorale puisque d'excellentes études de fond y pourvoient

4. Voir François Delpérée, « Le contentieux électoral en Europe », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 13, 2002, p. 74 *sq.*

5. Sur l'ensemble de la question, voir Xavier Boissy, *L'Apport de la jurisprudence constitutionnelle à la construction de la séparation des pouvoirs. L'expérience des pays européens en transition démocratique postcommuniste*, thèse dactyl. (dir. Slobodan Milacic), Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2002.

6. « La VI^e République », *RDP*, n° 1, février 2002, p. 507 *sq.*

7. Parmi lesquels, bien sûr, celui dont les travaux ont ouvert la voie de toutes les autres recherches en matière de contentieux constitutionnel électoral : Loïc Philip, *Le Contentieux des élections aux assemblées politiques françaises*, LGDJ, 1961 ; voir également François Goguel, « Le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1979, p. 5 *sq.*

déjà⁸, mais plutôt en s'efforçant de dresser un rapide bilan coût-avantage de cette attribution de compétence au profit du Conseil constitutionnel. Le but étant ici de faire ressortir aussi bien les lumières que la part d'ombre de ce contentieux électoral confié au juge constitutionnel, une quinzaine d'années après le premier bilan effectué par Loïc Philip dans les colonnes de cette même revue⁹. Dans cet article consacré au Conseil constitutionnel comme juge électoral, Loïc Philip concluait de manière douce-amère. Il déplorait non seulement que la compétence du Conseil était trop limitée, mais encore que les perpétuelles accusations de politisation de son action étaient « injustes et nocives¹⁰ ». Il exprimait le souhait qu'à la fois des réformes soient entreprises et qu'une évolution jurisprudentielle soit amorcée. Pourtant des difficultés subsistent encore sur les deux points qu'il mettait en exergue.

119

UNE COMPÉTENCE DISCUTÉE

S'agissant de l'élection proprement dite, des parlementaires ou du président de la République, le Conseil dispose, en vertu des textes constitutionnels, d'une plénitude de juridiction qui n'est généralement pas remise en cause. Les problèmes de répartition des compétences surgissent essentiellement à propos des opérations préalables à l'élection, c'est-à-dire des actes préparatoires¹¹. Pour ces derniers, la compétence du Conseil constitutionnel est susceptible d'entrer en collision avec celles des juges administratif et judiciaire.

Par le juge administratif

D'une part, à l'égard du juge administratif, se pose la question du contrôle de la validité des décrets relatifs à l'élection¹². On sait que

8. Outre les chroniques régulières de Richard Ghévantian à la *Revue française de droit constitutionnel* qui constituent la référence incontournable, le lecteur intéressé peut se reporter en particulier à Francis Delpérée, *Le Contentieux électoral*, PUF, 1998 ; « Le contentieux électoral », *AJJC*, décembre 1996, p. 397 sq. ; Jean-Paul Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, 2^e éd., 2001.

9. Loïc Philip, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n° 13, 1986, p. 67 sq.

10. *Ibid.*, p. 82 et 83.

11. Sur l'ensemble de la question, voir Sophie Lamouroux, *Le Contentieux des actes périphériques en matière électorale*, thèse dactyl. (dir. Richard Ghévantian), Université Aix-Marseille III, 2000.

12. Philippe Ardant, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Montchrestien, 1988, p. 56.

depuis l'importante décision du 11 juin 1981, *Delmas*¹³, confirmée depuis lors à plusieurs reprises¹⁴, le Conseil constitutionnel a considéré que sa mission de juge électoral devait le conduire à apprécier la validité des décrets, et en particulier des décrets portant convocation des électeurs, dont l'irrégularité pourrait conduire à remettre en cause la régularité de l'opération électorale dans son ensemble¹⁵.

Toutefois, il importe de préciser que cette compétence du Conseil constitutionnel, justifiée au départ par une lacune dans le contrôle exercé en principe par le Conseil d'État, demeure exceptionnelle¹⁶. Pour que le Conseil constitutionnel intervienne encore faut-il qu'il s'agisse « ... d'un scrutin national, que la disposition contestée participe directement à la régularité du scrutin et, enfin, qu'elle soit propre à un scrutin déterminé c'est-à-dire une disposition non permanente¹⁷ ».

120 Comme le souligne le doyen Francis Delpérée, le juge constitutionnel ne se reconnaît compétent ici qu'à titre « subsidiaire » afin de préserver l'ordre juridictionnel : « ... c'est à défaut d'autres interventions juridictionnelles qu'il se réserve le droit d'intervenir. Le Conseil d'État refuse d'examiner la validité d'actes préliminaires, au prétexte qu'il ne s'agit que d'actes préparatoires. Le Conseil constitutionnel évite un déni de justice en censurant lui-même de tels actes¹⁸ ».

Par le juge judiciaire

C'est exactement le même souci qui dicte la conduite du Conseil constitutionnel dans ses rapports avec le juge judiciaire, d'autre part. En effet, un temps, la compétence du Conseil constitutionnel a pu être « menacée » par l'efficacité du juge judiciaire des référés auxquels les requérants faisaient appel sur le fondement de l'article 809 du nouveau code de procédure civile. Le paroxysme avait été atteint en 1993 en raison de l'avalanche de recours intentés par les Verts concernant les modalités de présentation de candidature aux élections législatives et, plus précisément, les manœuvres de certaines formations se réclamant

13. *Rec.*, p. 97.

14. 11-9-2000, *Meyet, Rec.*, p. 148 ; 20-9-2001, *Hauchemaille et Marini, Rec.*, p. 121.

15. Pierre Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Armand Colin, 21^e éd., 2002, p. 520.

16. C'est désormais une conception partagée sans ambiguïtés par le Conseil d'État. Voir en ce sens, CE, sect., 14-9-2001, *Marini*, req. 237208.

17. Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghévantian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 5^e éd., 2002, p. 274.

18. Francis Delpérée, *op. cit.*, p. 50.

elles aussi de la mouvance écologiste notamment sur les matériels de vote. Une grande confusion en avait résulté dans la mesure où certains juges des référés, soucieux de préserver la compétence électorale du Conseil constitutionnel, se déclaraient incompétents, alors que d'autres n'hésitaient pas à prononcer des mesures conservatoires telles que le retrait des bulletins de vote dans les bureaux le jour du scrutin et leur mise sous séquestre¹⁹. Par deux arrêts rendus en assemblée plénière le 8 mars 1996, la Cour de cassation a émis une position claire, sans pour autant néanmoins clore définitivement le débat. Elle a jugé qu'« ... il n'appartient pas aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'interférer dans les opérations électorales législatives dont le contentieux ressortit au Conseil constitutionnel²⁰ ». Pour la doctrine la mieux autorisée, ce faisant, « ... la Cour de cassation apporte une solution raisonnable à un problème épineux²¹ ».

121

Il faut tout de même souligner que le juge des référés conserve une part résiduelle du contentieux : celle qui touche aux atteintes à la vie privée et à la commission de délits sanctionnés pénalement par le code pénal, le code électoral ou encore les lois sur la presse.

On le voit, les jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation sont finalement assez cohérentes et convergentes. Malgré des imperfections, elles tendent toutes trois à assurer la complétude de l'ordre juridictionnel en évitant des dénis de justice. Il reste que, du point de vue du justiciable notamment, l'accès au juge électoral évoque davantage la figure du « labyrinthe », selon l'heureuse formule de Richard Ghévantian²², que celle d'une voie royale.

C'est pourquoi plusieurs solutions ont été proposées, afin, à la fois, de clarifier les compétences des différents juges et de rendre plus efficace le contrôle assuré par le juge de l'élection. Les positions les plus extrêmes et parfois aussi irréalistes ont pu être soutenues. Il a ainsi été suggéré, à l'image de ce qui se pratique en Autriche, de faire du Conseil constitutionnel le juge de droit commun de toutes les élections à carac-

19. Sur la question, voir Richard Ghévantian, « Chronique de jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n° 15, 1993, p. 365 *sq.*

20. Richard Ghévantian, *D*, 1996, chron., p. 373.

21. *Ibid.*

22. Richard Ghévantian, « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *RFDA*, n° 10, 1994, p. 793 *sq.*

tère politique, c'est-à-dire y compris les élections locales, et ce à tous les stades du processus électoral²³. À l'autre extrême, il a pu être souhaité, comme cela est le cas en Espagne et dans la plupart des pays d'Amérique du Sud, que tout le contentieux électoral soit confié à une cour électorale spéciale, une sorte de « *junta* » composée de juristes nommés par le président de la République et les présidents des assemblées parlementaires²⁴. Des voix s'élèvent aussi de manière régulière afin de plaider pour une attribution de compétences au profit du seul Conseil d'État²⁵. Tout cela est bel et bon, mais, comme toujours, la solution raisonnable emprunte sans doute la voie du milieu chère à Montaigne.

122 Ainsi, une solution raisonnablement praticable pourrait consister à retoucher le texte de la Constitution dans le sens préconisé par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le doyen Vedel qui, il y a dix ans déjà, avait proposé de réviser l'article 63 de la Constitution afin que celui-ci comporte désormais un deuxième alinéa prévoyant qu'« ... une loi organique détermine également les règles applicables au contentieux des opérations préalables aux consultations dont le Conseil constitutionnel assure la régularité²⁶ ». Cette solution qui est préconisée également par des spécialistes de contentieux constitutionnel électoral²⁷ présenterait le mérite d'unifier solidement le contentieux juridictionnel des actes préparatoires et des opérations électorales en créant des blocs de compétences bien identifiés. Toutefois, il n'est pas certain qu'en l'état actuel des moyens dont est doté le Conseil constitutionnel celui-ci puisse être réellement à même d'assumer la totalité du contentieux préélectoral.

23. Robert Lindon, « La déplorable organisation du contrôle de la loyauté des élections », *JCP*, 1978, I, p. 2906.

24. Pascal Jan, *RDP*, n° 1, février 2002, p. 540 et 541.

25. Notons tout de même, au passage, que dans ce concert d'opinions ayant pour but de priver la Cour constitutionnelle française d'un de ses principaux attributs, il est au moins heureux que nul ne songe à en revenir à l'ancien système de la vérification des pouvoirs dont l'histoire constitutionnelle française et le droit comparé montrent assez les insuffisances (voir Francis Delpérée, *op. cit.*, p. 58 *sq.* ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 13, 2002, p. 75 *sq.*).

26. « Rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution », *JO*, 16 février 1993, p. 2537.

27. Voir, par exemple, Richard Ghévantian, « Les progrès de la constitutionnalisation du droit électoral, éléments de réflexion », *La Constitutionnalisation des branches du droit* (dir. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux), *Economica*, 1998, p. 62 et 63.

En conséquence, le législateur organique pourrait s'efforcer de clarifier les rapports entre le juge constitutionnel et les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels tout en reconnaissant à ces dernières une possibilité d'intervention complémentaire. Par exemple, s'agissant du juge des référés, on pourrait parfaitement imaginer qu'il puisse être saisi de manière largement ouverte par les requérants afin d'adopter dans l'urgence les mesures conservatoires qui s'imposent, ce qui permettrait une bonne administration de la justice dans la mesure où, actuellement, le Conseil constitutionnel ne dispose pas des moyens matériels et humains lui permettant d'exercer son office avec une célérité et une efficacité comparables à celles déployées par le juge judiciaire des référés. Dans un tel cas de figure, le Conseil constitutionnel, qui est déjà parfois juge d'appel des tribunaux administratifs, pourrait devenir le juge du fond des ordonnances de référé portant sur le contentieux préélectoral. Il nous semble que cette solution pourrait être, dans un même temps, respectueuse de la compétence du juge constitutionnel dans la mesure où une ordonnance de référé ne doit pas théoriquement préjudicier au principal, c'est à préjuger le fond du droit. La Cour de cassation rappelle régulièrement la « ... subsidiarité de l'ordonnance de référé par rapport au juge du fond²⁸ ». Il en découle que le Conseil constitutionnel pourrait devenir le « juge naturel » de l'ensemble du processus électoral, sans pour autant que soit sacrifié, comme il l'est aujourd'hui, le droit légitime des requérants d'accéder à un juge dans un délai raisonnable. En outre, le choix d'une telle solution ne devrait pas contribuer à encombrer le prétoire constitutionnel dans la mesure où, en pratique dans le contentieux judiciaire, près de 90 % des affaires s'« éteignent » en référé.

123

En somme, sur ce premier point, nous ne pensons pas que la compétence du juge constitutionnel en matière électorale et préélectorale nécessite une révolution copernicienne consistant soit à ôter au Conseil constitutionnel sa compétence, soit à créer à son profit un bloc de compétences monolithique qui de toute manière se fissurera tôt ou tard, mais plutôt une évolution en douceur favorisant un dialogue constructif des juges.

28. Voir en ce sens Roger Perrot « La compétence du juge des référés », *Gazette du palais*, 1974, II, p. 895.

UN « CONTRÔLE POLITIQUE » ?

124 Un autre angle d'attaque contre le Conseil constitutionnel intervenant comme juge électoral consiste à mettre en avant la « politisation » supposée de son contrôle. L'argument n'est pas nouveau, le Conseil même dans sa mission de contrôle de constitutionnalité des lois qui le conduit pourtant à opérer un contrôle objectif de validité d'une norme inférieure, la loi, par rapport à une norme supérieure, la Constitution, est l'objet d'attaques répétées relatives à sa composition, au caractère conservateur de sa jurisprudence, on en passe et des meilleures. Qui plus est, dans le domaine électoral, le contentieux est personnifié, des parties s'opposent et celles-ci ont généralement une appartenance politique clairement identifiée. Dans ces conditions, toute validation ou invalidation d'élection est susceptible d'être interprétée comme ayant une signification partisane. Mais ce qui est véritablement curieux c'est que ce sont ceux-là mêmes qui reprochent au Conseil constitutionnel de pénétrer dans la sphère politique qui le tancent lorsqu'il n'exploite pas au maximum les compétences que la Constitution lui confère. Il s'agit d'un paradoxe car de deux choses l'une : soit le Conseil est bien une juridiction indépendante et alors il faudrait effectivement que ses pouvoirs soient accrus, soit il ne l'est pas et alors ses détracteurs devraient au contraire se louer du manque d'efficacité de son contrôle. Pour tenter de lever le voile, il importe de distinguer parmi les critiques portant sur le manque d'effectivité de la jurisprudence électorale du Conseil, celles qui ont trait aux élections parlementaires de celles relatives à l'élection présidentielle.

Sur les élections parlementaires

Ce qui est généralement mis en cause, s'agissant des élections parlementaires, c'est la jurisprudence dite de l'« effet utile ». Rappelons que le Conseil constitutionnel, comme le fait le Conseil d'État depuis le XIX^e siècle, ne procède à une invalidation que dans l'hypothèse où les irrégularités constatées sont suffisamment graves pour avoir eu un effet utile sur le résultat du scrutin. En d'autres termes, bien que constatant l'existence de fraudes, il peut décider de maintenir le résultat du scrutin même si celui-ci bénéficie au candidat élu dans le cas où l'écart de voix entre le candidat élu et le ou les candidats battus serait supérieur au nombre de suffrages irréguliers. Cette politique jurisprudentielle traditionnelle, commune aux juges administratif et constitutionnel qui

disposent en la matière d'un pouvoir d'appréciation souverain²⁹, est discutée par nombre d'auteurs qui estiment que la fraude corrompt tout. Par exemple, Dominique Rousseau, dans son manuel de contentieux constitutionnel, exhorte le Conseil constitutionnel à exercer un « ... contrôle plus ferme des irrégularités électorales » afin de maintenir « ... la croyance en la vertu de la légitimité démocratique »³⁰. La même idée, soutenue par les mêmes arguments, est reprise par Dominique Chagnollaud dans sa contribution au numéro spécial de la *Revue du droit public* ayant pour thème la VI^e République³¹.

Mais l'argumentaire le plus étoffé contre cette jurisprudence de l'effet utile est sans aucun doute à mettre au crédit de Jacques Robert, ancien membre du Conseil constitutionnel. Dans l'ouvrage récemment paru, *La Garde de la République*, où il livre une vue de l'intérieur captivante du Conseil constitutionnel, il écrit que « ... de toutes les missions confiées au Conseil constitutionnel, celle qui m'a laissé, après neuf années de mandat, une curieuse impression de malaise, pour ne pas dire un sentiment désagréable d'insatisfaction est, à n'en point douter, le contrôle de la régularité des élections législatives et présidentielles³² ». Pour Jacques Robert, le débat doit être placé sur le terrain de la morale et non seulement du droit strict³³. Il considère ainsi comme contraire à la morale la plus élémentaire que le Conseil constitutionnel n'invalide pas des élections manifestement frauduleuses et cite des exemples précis à l'appui de son argumentation. Il fait, en particulier, une allusion à peine voilée à la décision *Tibéri*. La charge est violente, mais il est vrai qu'elle est sous-tendue par un motif louable et en apparence imparable, à savoir une certaine conception de la morale en démocratie et la volonté de préserver la légitimité du juge constitutionnel.

125

29. Jean-Paul Camby, *op. cit.*, p. 102 *sq.*

30. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 6^e éd., 2001, p. 364 *sq.*

31. *RDP*, n° 1, février 2002, p. 514 et 515. Dans la même livraison de la *Revue du droit public*, on peut aussi noter l'argument de Pascal Jan selon lequel le fait que le Conseil puisse valider une élection alors qu'est établie l'existence de manœuvres frauduleuses a une influence néfaste sur la perception que peut avoir l'« opinion publique » de l'ensemble de l'activité juridictionnelle du juge constitutionnel (p. 540).

32. Jacques Robert, *La Garde de la République. Le Conseil constitutionnel raconté par l'un de ses membres*, Plon, 2000, p. 154.

33. *RDP*, n° 1, février 2002, p. 561 et 562.

Toutefois, et c'est bien là le cœur du problème, cet argument d'autorité peut être facilement renversé. En effet, est-ce qu'une même conception de la démocratie et la pleine conscience du rôle que doit y jouer le Conseil constitutionnel n'inclinent pas à défendre sa position de réserve prudente ? Pour notre part, malgré des hésitations, nous répondons par l'affirmative pour plusieurs raisons.

D'abord, on constate que la même jurisprudence développée par le Conseil d'État n'est critiquée par personne. Or, le juge administratif statue principalement sur des élections locales qui n'ont que des effets indirects sur la souveraineté nationale. Alors que le juge constitutionnel est directement conduit à se prononcer sur l'élection des représentants de la Nation. Il nous semble donc que son attitude de *self-restrained* en ce domaine où des droits politiques sont en cause est justifiée *a fortiori* par rapport à celle du Conseil d'État. En ce sens, la jurisprudence de l'effet utile ne nous paraît représenter qu'une des expressions de l'autolimitation dont le juge constitutionnel français, comme tous les autres juges constitutionnels, fait preuve à l'égard des actes juridiques ou matériels les plus importants dans l'État.

Ensuite, sur un plan pratique, il nous semble que l'argument de la politisation ne tient pas dans la mesure où l'on sait que le Conseil constitutionnel, dans les faits, se range toujours aux propositions faites par les rapporteurs adjoints en provenance des grands corps de l'État. Si ceux-ci ne concluent que rarement dans le sens d'une invalidation, cela ne signifie pas pour autant que le contrôle soit dépourvu d'une sanction effective dans la mesure où on ne peut mesurer l'efficacité d'un contrôle juridictionnel à l'aune du nombre d'invalidations prononcées.

Enfin, en opportunité, on sait que dans les cas de figure évoqués, l'invalidation n'aurait qu'une portée réduite puisque les électeurs sont bien évidemment toujours libres de voter à nouveau pour un candidat dont l'élection a pourtant été censurée par le juge électoral. Non seulement, on ne peut pas sérieusement déplorer que, dans un système démocratique, l'électeur conserve entier son droit de suffrage, mais encore, on voit bien que la légitimité du Conseil constitutionnel serait encore plus en danger s'il annulait systématiquement dès qu'il décele une irrégularité et que, tout aussi systématiquement, sa décision soit contredite par le retour aux urnes.

En d'autres termes, l'autolimitation à laquelle s'astreint le Conseil constitutionnel en matière d'élections parlementaires nous semble justifiable. Elle montre bien que dans les rapports qui s'instaurent entre le

juge constitutionnel et le peuple souverain dans un État de droit, c'est finalement toujours le peuple qui a le dernier mot. Sans doute la morale, si tant est qu'on puisse l'invoquer ici, n'en sort pas toujours grandie, mais l'ordre juridique fondé sur la hiérarchie des fonctions est incontestablement préservé. N'est-ce pas là le minimum de ce que l'on peut attendre du juge constitutionnel ?

Sur l'élection présidentielle

On retrouve les mêmes enjeux en arrière-plan des discussions portant sur les pouvoirs de contrôle du juge constitutionnel sur la régularité de l'élection présidentielle. On sait qu'en ce domaine le Conseil constitutionnel dispose d'une compétence extrêmement étendue, mais on constate, en pratique, qu'il peine à épuiser sa compétence. En particulier, le contrôle des comptes de campagne auquel il doit ici se livrer directement depuis 1990 représente un exercice à la fois difficile et périlleux. Difficile, d'abord, car le Conseil est conduit à se livrer à un contrôle financier et comptable très minutieux qui n'a que peu de rapports avec ses missions traditionnelles de juge de la constitutionnalité des lois. Certes, il est aidé dans sa tâche par des rapporteurs adjoints, mais pratiquement on sait que cette mission, pour être effectuée correctement, requiert davantage de moyens d'investigation. Périlleux, ensuite, dans la mesure où par la force des choses le Conseil constitutionnel ne peut rendre ses décisions sur les comptes de campagne qu'une fois la proclamation des résultats effectuée. Or, il ne dispose pas d'une gamme de sanctions étendues : si le candidat dont le compte de campagne a été élu, il ne peut qu'invalider son élection et donc se confronter directement à la volonté populaire majoritaire. Pour certains auteurs, cette situation conduirait le Conseil constitutionnel à une impasse dans la mesure où il ne pourrait plus invalider que les comptes de campagne de « petits candidats » battus³⁴ sans pouvoir véritablement sanctionner le candidat élu.

127

À l'évidence, on bute ici sur un problème sérieux et les expériences étrangères, par exemple celle très récente de Madagascar, montrent à

34. Pour un exemple, on peut se reporter à la décision du 26 septembre 2002 par laquelle le Conseil constitutionnel a rejeté le compte de campagne de Bruno Mégret et, par conséquent, l'a privé du droit au remboursement forfaitaire de ses dépenses électorales (*site Internet du Conseil constitutionnel*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2002092601.htm>).

l'envi qu'une Cour constitutionnelle a peu à gagner dans une confrontation directe avec le peuple ayant participé à l'élection au suffrage universel direct du chef de l'État. D'ailleurs, dans un premier temps, le Conseil constitutionnel a visiblement éprouvé quelque difficulté à naviguer entre les écueils de la législation relative aux comptes de campagne et de la volonté populaire majoritaire. Jacques Robert le reconnaît bien volontiers, il a gardé un « ... pénible et amer souvenir » du contentieux de 1995 dans la mesure où le Conseil ne disposait que d'une marge de manœuvre étroite et aurait été conduit à minimiser sciemment les dépenses irrégulières pour éviter qu'elles ne dépassent le seuil fatidique d'un certain candidat qui ne peut être que l'actuel président de la République³⁵.

128

Toutefois, il nous semble que pour l'élection présidentielle de 2002, la situation se soit sensiblement améliorée. Plusieurs facteurs peuvent l'expliquer. D'abord, le Conseil constitutionnel a modifié en interne ses méthodes de contrôle en effectuant un travail préparatoire conséquent sur le déroulement de la campagne présidentielle avant même que les comptes de campagne ne lui parviennent. Il n'attend plus que lui parvienne l'importante liasse de documents comptables pour amorcer son contrôle, mais comme dans sa mission de vérification de la conformité des lois à la Constitution, il procède à une instruction en amont qui lui permet de perfectionner grandement son office juridictionnel. Ainsi, il a été créé au Conseil un « observatoire de la presse quotidienne régionale », au sein duquel durant l'année précédant l'élection présidentielle des assistants ont dépouillé la presse locale afin de pouvoir ensuite vérifier la véracité des déclarations des candidats dans leurs comptes de campagne. Il en résulte, en pratique, qu'au moment où le Conseil constitutionnel reçoit les comptes de campagne des candidats à l'élection présidentielle, il dispose d'une information de première main quasiment complète. Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres, mais il est significatif dans la mesure où il permet de comprendre pour quelles raisons, dans ses observations du 7 novembre 2002 sur l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002, le Conseil constitutionnel s'est cette fois loué de la qualité des conditions dans lesquelles son contrôle s'était effectué, contrairement à ce qu'il avait fait en 1995. On peut en déduire qu'on a peut-être laissé de côté une

35. Jacques Robert, *La Garde de la République*, op. cit., p. 171 sq.

donnée essentielle en attaquant le contentieux électoral de 1995, c'est que pour le Conseil constitutionnel c'était une première. En ces temps où l'expérimentation est à la mode, on peut penser que le juge électoral avait bien droit à un peu d'indulgence alors même qu'on lui avait confié une mission presque impossible et, qui plus est, sans lui en donner les moyens humains et matériels.

Il nous semble donc qu'à l'occasion de l'élection présidentielle de 2002, le Conseil constitutionnel est entré dans une phase d'appropriation du contentieux électoral relatif aux comptes de campagne pour l'élection du président de la République. Il reste qu'on peut toujours s'interroger sur la pertinence de la dévolution d'une telle compétence au profit du Conseil. Est-il le mieux à même, quels que soient les moyens dont il pourrait être doté, pour juger en premier et dernier ressort de documents comptables et financiers ? Le président François Luchaire, ancien membre du Conseil constitutionnel, a formulé une proposition qui paraît frappée au coin du bon sens. Il estime que le juge constitutionnel français devrait être débarrassé du contrôle des comptes de campagne pour l'élection présidentielle au profit de la Commission nationale des comptes de campagne qui devrait alors nécessairement être juridictionnalisée. Le Conseil n'aurait plus qu'à tirer « ... les conséquences de la décision de cette commission sur la régularité de l'élection, exactement comme il tire les conséquences d'une condamnation pénale emportant déchéance du mandat parlementaire³⁶ ». Cette solution, il est vrai, aurait le mérite de ne pas faire apparaître le Conseil constitutionnel en première ligne. D'ailleurs, on pourrait encore perfectionner le système en faisant du Conseil constitutionnel le juge d'appel des décisions prises par la Commission nationale de contrôle des comptes de campagne.

129

Le dernier élément sur lequel il faut insister est l'absence de proportionnalité entre les infractions à la législation sur les comptes de campagne et les sanctions encourues par les candidats. Dans ses observations du 7 novembre 2002, « ... le Conseil réitère non moins fermement le souhait, exprimé dans ses observations de 1995 et de 2000, que soient proportionnées à la gravité du manquement les conséquences d'une méconnaissance de la législation sur le financement de la campagne. La

36. François Luchaire, *RDP*, n° 1, février 2002, p. 543 et 544.

rédaction actuelle du dernier alinéa de l'article 3 de la loi de 1962 conduit en effet au "tout ou rien", puisqu'il oblige à priver le candidat de tout remboursement, dès lors que le manquement ayant entraîné le rejet du compte n'est pas à la fois "non intentionnel" et "de portée très réduite" ». Il s'agit là d'une véritable difficulté. Outre le fait que cette disposition n'est pas conforme à la Convention européenne des droits de l'homme et que, compte tenu des incidences pécuniaires de ce contentieux, le problème pourrait bien finir par être évoqué devant la Cour de Strasbourg³⁷, il est certain que l'option réduite laissée au Conseil peut s'avérer contre-productive en pratique.

CONCLUSION

130 En conclusion, on aura compris que, de notre point de vue, le Conseil constitutionnel doit être conforté dans son rôle de juge électoral à la fois sur le plan de sa compétence et de ses pouvoirs. Il importe donc de perfectionner encore le système en prenant en compte sa relative immaturité et en gardant présent à l'esprit que le contrôle juridictionnel par le Conseil constitutionnel demeure assurément le moins mauvais des procédés de contrôle du contentieux électoral parlementaire ou présidentiel. On peut aussi formuler le vœu, mais qui a toutes les chances de rester un vœu pieux, que le contentieux électoral assumé par le juge constitutionnel puisse à l'avenir se dérouler dans une atmosphère plus sereine et, par conséquent, que cessent les perpétuelles antiennes sur le caractère politique de son contrôle. D'autant que, réflexion faite, on peut se demander si ce qui justifie ces remises en cause de la compétence du Conseil constitutionnel en matière électorale, ce n'est pas tout simplement le sentiment que dans ce domaine le Conseil assure une mission pionnière. En effet, sa mission de juge électoral pourrait assez bien préfigurer celle qui pourrait être la sienne si, d'aventure, l'accès au Conseil dans sa mission de juge de la constitutionnalité des lois devait être ouvert. Avec le contentieux des élections parlementaires et présidentielle, il se comporte comme une véritable juridiction, il suit une procédure fondée sur un règlement écrit, il entend les prétentions opposées de parties au cours de ce qui s'apparente à un véritable procès constitutionnel, il procède à un contrôle de conventionnalité des lois, etc.

37. Gil Desmoulin, « Le contentieux des élections législatives : vers une application de la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDP*, 1997, p. 143 *sq.*

Toutes choses qui, semble-t-il, ne vont pas encore de soi dans un pays comme la France qui se singularise encore aujourd'hui par une certaine défiance à l'égard de la justice constitutionnelle, encore et toujours assimilée à une « justice politique ».

R É S U M É

Depuis 1958, le Conseil constitutionnel assume les compétences de juge électoral pour les élections parlementaires et présidentielle. Cette attribution de compétence au profit d'une juridiction indépendante paraît représenter un progrès au regard du droit antérieur. Pourtant, régulièrement les décisions du Conseil constitutionnel en matière électorale sont l'objet de critiques portant soit sur le champ de ses compétences notamment par rapport au Conseil d'État et au juge judiciaire des référés, soit sur le caractère politique de son contrôle.

LA PERCEPTION DU CONSEIL
CONSTITUTIONNEL PAR
LA CLASSE POLITIQUE,
LES MÉDIAS ET L'OPINION

LE RECOURS AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL fait aujourd'hui partie de la panoplie des « coups » politiques légitimes qui peuvent être joués sur la scène parlementaire, mais aussi au-delà. Un tel recours fait en effet l'objet d'usages pluriels qui ne se limitent pas à la saisine du Conseil par les parlementaires de l'opposition : on sait combien l'évocation d'un « risque » d'inconstitutionnalité est utilisée par chaque gouvernement comme un moyen pour discipliner sa propre majorité, combien les présidents de la République « cohabitants » ont compris l'intérêt d'agiter le spectre de l'inconstitutionnalité des projets gouvernementaux, combien dans les cabinets ministériels, ou dans les hautes sphères de l'administration centrale, l'argument pèse dans les négociations et les arbitrages qui précèdent la définition des volets normatifs des politiques publiques, combien aussi des groupes de pression divers n'hésitent plus à recouvrir les intérêts qu'ils défendent du voile de la constitutionnalité et à fournir à leurs interlocuteurs politiques des argumentaires *ad hoc*. La place désormais occupée par les questions de constitutionnalité dans les médias (essentiellement la presse écrite nationale) est un indicateur supplémentaire de cet *aggiornamento* de la place du Conseil constitutionnel dans la vie politique et on se s'étonnera pas, consécration suprême dans la société de communication, que l'institution fasse l'objet de sondages d'opinion réguliers.

LES HOMMES POLITIQUES AUX PRISES AVEC LE « SURGÉNÉRATEUR » CONSTITUTIONNEL

La routinisation des usages de l'arme constitutionnelle dans les luttes politiques (y compris sous sa forme « dissuasive ») s'est accompagnée du développement d'une « culture de constitutionnalité¹ » qui, au terme d'un long apprentissage, parfois chaotique et inégalement acquis, a fini par concerner tous les acteurs impliqués dans la fabrication de la loi. Parler d'une culture de constitutionnalité ne signifie toutefois pas, comme la doctrine constitutionnelle a pu le prophétiser jadis, une emprise généralisée des schèmes juridico-constitutionnels sur l'entendement de la compétition politique et sur l'élaboration des stratégies qui s'y déploient. Si la menace d'une saisine du Conseil constitutionnel et la jurisprudence de ce dernier peuvent être analysées comme contraignant le travail législatif et ses différents protagonistes, ces contraintes habilitent à faire ou à dire tout autant qu'elles imposent des manières d'agir ou de dire. Ici comme ailleurs, les contraintes institutionnelles fournissent des modèles d'action, des lignes de conduite, des principes de légitimité. En ce sens, elles peuvent être aussi décrites comme des ressources du jeu politique. La « constitutionnalisation » avérée du travail législatif ne signifie donc pas une « fermeture » du jeu politique. Bien au contraire, elle ouvre des espaces à de nouveaux jeux tactiques, fournit des armes inédites pour le combat politique. De même, le développement de cette culture de constitutionnalité ne signifie pas le primat de la raison juridique sur la stratégie politique, une subordination complète de l'action politique aux exigences du droit constitutionnel positif. Même lorsqu'ils utilisent des arguments constitutionnels, les hommes politiques n'ont généralement pas comme objectif *principal* de respecter ou de faire respecter la Constitution, de trancher des débats doctrinaux ou encore de produire des principes juridiques². Ce n'est pas faire injure à nos représentants que de constater que les questions constitutionnelles les intéressent peu (et, en tout cas, très inégalement), sauf si elles permettent d'affirmer ou de défendre leurs préférences politiques

1. Selon l'expression de Guy Carcassonne, « Le rôle du contrôle de constitutionnalité dans l'élaboration et le vote de la loi », in Conseil constitutionnel, *Le Conseil constitutionnel a quarante ans*, LGDJ, 1999.

2. Ce qui ne signifie pas l'absence d'une croyance dans la nécessité de respecter le droit en vigueur, de se conformer à ses prescriptions, etc.

et, éventuellement, ce faisant, de mettre en difficulté leurs adversaires. Une enquête auprès des parlementaires a pu ainsi montrer, d'une part, que la saisine du Conseil obéit avant tout à des considérations de stratégie politique et non pas à la volonté de faire respecter la Constitution – les sénateurs étant cependant plus sensibles que les députés aux aspects plus proprement juridiques du contrôle de constitutionnalité – et, d'autre part, que l'initiative d'une telle saisine s'inscrit d'abord dans le cadre d'une discipline de groupe parlementaire³.

Comprendre le rapport qu'entretiennent les hommes politiques au contrôle de constitutionnalité implique dès lors de s'intéresser moins au carcan constitutionnel qui enserrerait dorénavant la vie politique qu'aux conditions des usages politiques du recours au Conseil constitutionnel, au *droit saisi par la politique*, pour inverser une célèbre formule. En n'oubliant pas que les mécanismes institutionnels – ici la saisine du Conseil constitutionnel – ne sont pas, à eux seuls, générateurs des pratiques et que les hommes politiques font exister la « contrainte » constitutionnelle tout autant qu'elle s'impose à eux. Sauf à faire l'hypothèse d'une conversion (miraculeuse) des hommes politiques au contrôle de constitutionnalité, il faut s'interroger sur les raisons qui ont pu pousser certains d'entre eux à constituer en ressource politique le recours au Conseil constitutionnel, sur la façon dont ils ont pu trouver là des moyens de distinction ou des marges de jeu nouvelles sur les différentes scènes où ils étaient amenés à intervenir, sur les conjonctures qui ont permis cet *aggiornamento* et, plus généralement, sur les mécanismes de la diffusion d'une croyance dans l'opportunité de ce type de stratégie.

135

Il est impossible de décrire ici, en quelques lignes, ces *apprentissages* politiques du contrôle de constitutionnalité, essentiellement après l'alternance de 1981, et la modification complexe des modes d'énonciation légitimes de la régulation du jeu politique qui en résulte. On se contentera donc de noter que l'intérêt *politique* de la saisine, comme condition des usages pluriels du recours au Conseil constitutionnel, est lié à une série de transformations du régime de la V^e République et des représentations du contrôle de constitutionnalité, qui ont joué de façon cumulative⁴ : la consolidation du « fait majoritaire » et l'élargissement de

3. Pascal Jan et Jean-Philippe Roy (dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, Ellipses, 1997.

4. Pour une mise en perspective plus développée, voir Bastien François, « Le Conseil constitutionnel et la V^e République », *Revue française de science politique*, 47 (3-4), 1997, et « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique de la V^e République », in Conseil constitutionnel, *Le Conseil constitutionnel à quarante ans, op. cit.*

la saisine du Conseil constitutionnel ont fait de cette dernière l'une des rares possibilités pour l'opposition parlementaire de pouvoir peser sur la production législative ; la répétition des alternances parlementaires (et des cohabitations) a favorisé la tentation de compenser par la victoire constitutionnelle l'infortune électorale ; la juridictionnalisation de l'image du Conseil et la juridicisation du droit constitutionnel ont permis aux opposants de mobiliser les ressources d'objectivité (et de neutralité) que procure le droit et d'« anoblir » juridiquement une éventuelle victoire politique contre le gouvernement-législateur ; la diffusion de la thématique de « l'État de droit » dans divers univers sociaux a conduit à la valorisation des arguments constitutionnels dans le débat politique ; la métamorphose de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, principalement orientée aujourd'hui vers la protection des droits fondamentaux des citoyens, a facilité les usages politiques des catégories constitutionnelles, la thématique des droits fondamentaux étant aisément traduisible en clivages idéologiques. C'est la combinaison de ces évolutions qui, tout au long des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, non sans tâtonnements et effets d'hystérésis, a fini par accréditer l'efficacité, la pertinence et la légitimité d'une stratégie de contestation du gouvernement passant par le recours au Conseil constitutionnel, et la nécessité, symétriquement, pour le gouvernement-législateur de se protéger contre ce type de « coup » politique⁵.

En favorisant *à la fois* l'intérêt politique de la saisine parlementaire et le développement continu de la jurisprudence constitutionnelle, ces différentes transformations ont produit une structure de relations entre le gouvernement et sa majorité, l'opposition parlementaire et le Conseil constitutionnel qu'Alec Sweet Stone qualifie de « politique constitutionnelle », c'est-à-dire un mécanisme circulaire, itératif et auto-entretenu d'imbrication des intérêts politiques et des contraintes constitutionnelles dans la fabrication de la loi⁶ ; mécanisme dont on peut décrire

5. C'est l'objet de la fameuse circulaire de Michel Rocard, invitant le gouvernement, en mai 1988, à « tout faire pour déceler et éliminer les risques d'inconstitutionnalité susceptibles d'entacher les projets de loi, les amendements et les propositions de loi inscrites à l'ordre du jour ».

6. Alec Sweet Stone, *Governing with Judges*, Oxford University Press, 2000. Le modèle de la « politique constitutionnelle » cherche à montrer, en rompant avec l'approche classique des cours constitutionnelles (fondée, le plus souvent implicitement, sur l'idée de séparation des pouvoirs), que le processus législatif et le contrôle de constitutionnalité sont étroitement imbriqués et se « produisent » réciproquement. C'est ainsi la « politisation du contrôle de constitutionnalité » qui produit la « juridicisation du processus législatif » par l'interdépendance du législateur et du Conseil constitutionnel.

métaphoriquement les effets en ayant recours à l'image du « surgénérateur » qui produit d'autant plus d'arguments constitutionnels qu'il en consomme davantage. En transportant la lutte politique sur le terrain constitutionnel, au prix – relativement modeste – d'une formalisation constitutionnelle de leurs intérêts politiques⁷, les parlementaires de l'opposition favorisent le développement continu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui accroît elle-même, potentiellement, les opportunités d'usages politiques de la saisine, et ainsi de suite... Quelles que soient les stratégies contentieuses visant à neutraliser la dimension politique de ses décisions⁸ – on peut penser ici à la technique de la conformité sous réserve d'interprétation –, le Conseil constitutionnel est au cœur de cette dynamique de politisation/juridicisation.

On comprend alors l'ambiguïté de la perception par la classe politique du contrôle de constitutionnalité. Ayant fait de la saisine du Conseil « un instrument normal de l'arsenal parlementaire⁹ », entérinant nécessairement pour ce faire la nouvelle image juridictionnelle de l'institution¹⁰, convertissant leurs intérêts partisans en argumentations juridiques, et nourrissant ainsi avec entrain le « surgénérateur » constitutionnel, pris dans le jeu de la « politique constitutionnelle » dont les bénéfices symboliques ont pu être parfois considérables, les députés de l'opposition auront collectivement construit, au fil des ans et des alternances parlementaires, la puissance du Conseil constitutionnel et accredité l'idée selon laquelle le contrôle de constitutionnalité est devenu la condition d'un fonctionnement pacifié et harmonieux de la compétition politique et de la démocratie. Difficile, dans ces conditions, de retrouver les accents mitterrandiens du *Coup d'État permanent*, et de dénoncer cette « cour suprême de musée Grévin [...] qui] n'a jamais eu d'autre utilité que de servir de garçon de course » au pouvoir en place. Certes,

137

7. Hormis cette nécessité d'un investissement dans la mise en forme constitutionnelle, le coût de la saisine est nul pour les parlementaires de l'opposition, du moins si l'on fait l'hypothèse qu'ils préfèrent un bénéfice immédiat (une décision du Conseil qui leur soit favorable) à une hypothétique contrainte future (les éventuels effets contraignants de cette décision le jour où ils seront au pouvoir).

8. Stratégies que l'on retrouve dans toutes les cours constitutionnelles, cf. Martin J. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1980.

9. Pascal Jan et Jean-Philippe Roy (dir.), *Le Conseil constitutionnel vu du Parlement*, *op. cit.*, p. 17.

10. L'enquête précitée auprès des parlementaires fait apparaître que pour 63,2 % des députés le Conseil constitutionnel est « une juridiction indépendante » alors qu'ils ne sont que 18,4 % à considérer qu'il s'agit d'« un organe politique autonome » et 8,8 % d'« une institution protégeant le pouvoir exécutif ».

la controverse renaît à épisodes réguliers, et la gauche n'a plus le monopole de la critique, qui vient d'ailleurs le plus souvent du camp au pouvoir et non plus de l'opposition. Mais le soufflé retombe généralement aussi vite qu'il était monté.

On trouvera un bon indicateur de cette ambiguïté dans la transformation des critiques adressées au Conseil constitutionnel. Moins qu'une mise en cause de la nécessité de l'institution elle-même, comme c'était généralement le cas jusqu'à la fin des années quatre-vingt, c'est son « imperfection » juridictionnelle qui est désormais régulièrement stigmatisée par ses contempteurs. À chaque « crise », des voix s'élèvent pour réclamer une conformation de l'institution à ce qu'elle devrait être : une véritable juridiction. Les conditions de nomination de ses membres, leur (in)compétence juridique, le caractère non contradictoire du « procès » constitutionnel, l'absence de transparence en son sein sont ainsi les principaux vices qui empêcheraient le Conseil d'accomplir sereinement, et en toute impartialité, une mission dont presque plus personne ne conteste, comme jadis, le caractère antidémocratique. Le constat peut paraître paradoxal quand on sait combien la doctrine constitutionnelle a dû batailler, y compris au sein du champ juridique, dans les années soixante-dix et quatre-vingt, pour imposer l'image juridictionnelle du Conseil constitutionnel. Il traduit en réalité cette caractéristique centrale de la « politique constitutionnelle » qui est que les hommes politiques n'accordent du crédit politique à la saisine qu'à la condition que le Conseil apparaisse comme une juridiction et que ses décisions se donnent à voir comme des verdicts parés de la neutralité technique du langage juridique – et qu'elles paraissent ainsi obéir à une logique transcendant les clivages politiques. Là encore, les hommes politiques sont pris dans le jeu de la « politique constitutionnelle » : leurs critiques politiques ne peuvent que prendre la forme d'une surenchère juridique, témoignant *in fine* de leur attachement intéressé à l'institution...

UNE RESSOURCE D'OBJECTIVITÉ MÉDIATIQUE

L'importance nouvelle accordée par les médias au Conseil constitutionnel, que l'on peut dater du début des années quatre-vingt-dix¹¹ et

11. Le dossier consacré par Éric Dupin à un « Voyage au centre du Conseil constitutionnel » dans *Libération* (11 décembre 1990) est symptomatique du nouveau regard journalistique, particulièrement bienveillant, voire un peu enchanté, qui est porté sur le Conseil.

qui témoigne également de la large diffusion d'une culture de constitutionnalité, n'est pas la simple transposition de l'intérêt qu'ont pu trouver les hommes politiques à instrumentaliser la question de la constitutionnalité dans les luttes qui les opposent. Les travaux de sociologie du journalisme montrent bien que la presse n'est pas un « miroir » des intérêts sociaux, qu'elle obéit à des contraintes et des « normes » professionnelles propres qui pèsent fortement sur ses « cadrages » de la réalité, même si, en matière politique, l'agenda médiatique reste largement dépendant des enjeux constitués, de façon relativement autonome, dans le champ politique. Comme chez les hommes politiques, l'intérêt des journalistes pour le contrôle de constitutionnalité n'est pas le produit d'une conversion spontanée, mais le résultat indirect d'une transformation profonde des conditions d'exercice du métier journalistique et des modes de légitimation de l'écriture médiatique de la réalité au cours des années quatre-vingt.

139

Il est ici encore impossible de décrire en quelques lignes l'économie de ces transformations, aussi nous nous contenterons d'en faire ressortir brièvement les principaux traits : la baisse d'audience des journaux et magazines « de gauche » après l'alternance de 1981, l'accroissement de la concurrence en leur sein, l'emprise grandissante des contraintes commerciales et publicitaires sur leur stratégie éditoriale, vont entraîner soit leur déclin (effondrement des ventes de *L'Humanité*, disparition du *Matin de Paris*), soit leur recentrage, c'est-à-dire une relative « neutralisation » de leur ligne politique, alors même que la gauche gouvernementale a amorcé son tournant « réaliste ». *L'aggiornamento* de *Libération* – où la publicité est introduite en 1981 – est particulièrement marquant, qui se traduit notamment par la rapide mise à l'écart de ses journalistes les plus « militants » au profit de néoprofessionnels issus des écoles de journalisme. C'est en fait tout le « régime de crédibilité » de l'information qui se transforme, dans la presse « de gauche » d'abord, puis dans l'ensemble du champ journalistique, sous l'effet de la concurrence entre médias (exacerbée par les privatisations audiovisuelles), de la part relative croissante des journalistes formés dans des écoles professionnelles, mais aussi de la difficulté grandissante des responsables politiques à contrôler la ligne éditoriale des médias (comme c'était le cas auparavant dans l'audiovisuel public). Les valeurs du journalisme « engagé », jusqu'alors favorisées par l'absence d'alternance depuis 1958 et par une forme de dramatisation bipolaire de la vie politique, cèdent peu à peu – à mesure d'ailleurs que les écarts programmatiques entre la gauche et la droite semblent se restreindre – au profit d'une surenchère

dans l'objectivité critique, d'un nouveau « professionnalisme » journalistique aux antipodes apparentes des connivences politiques d'antan¹².

On voit alors apparaître toute une série de stratégies de prise de distance à l'égard du pouvoir, dont la rapide exhumation des « affaires » par *Le Monde* lors du premier septennat de François Mitterrand constitue sans doute l'une des meilleures illustrations. La fortune des sondages d'opinion dans les médias, définitivement établie dans les années quatre-vingt, doit à la même logique : les journalistes y trouvent à la fois un mode d'autonomisation – en se donnant les moyens de faire parler directement la *vox populi*, éventuellement contre ses médiateurs traditionnels : les hommes politiques –, mais aussi une arme d'intervention dans le débat public, d'autant plus efficace symboliquement qu'elle se pare des atours neutralisants de la science. D'où également, sur la même période, la grande appétence journalistique pour les nouveaux « sages » qui peuplent désormais les nouvelles autorités administratives indépendantes ou divers « comités » (éthiques ou autres), dont l'autorité ne provient pas de l'élection mais de la science ou de l'indépendance d'esprit, qui valorisent le consensus au détriment du conflit, qui sont censés dépassionner le débat public. La « sagesse » comme nouvelle ressource fondatrice d'un droit à parler dans l'espace public¹³ rejoint ainsi la nouvelle quête d'« objectivité » des journalistes ; leur intérêt pour ces nouveaux experts tient en ce qu'ils y trouvent, comme avec les sondages, à la fois un mode de mise à distance des intérêts proprement politiques et un point d'appui neutralisant pour produire des verdicts sur la politique. On ne doit donc pas prendre à la légère la figure journalistique des « neuf sages du Palais-Royal » utilisée pour désigner le Conseil constitutionnel. Elle indique bien ce qu'est le Conseil pour les médias : une ressource d'objectivité, qui autorise de surcroît à occuper cette position en surplomb que permet la « noblesse » juridique des arguments utilisés, à mille lieux, selon toutes les apparences, des luttes politiciennes.

Mais, de la même façon que la « politique constitutionnelle » est une structure de relations dans laquelle chacun poursuit, de conserve, ses propres intérêts, la possibilité pour les journalistes de trouver des points d'appui constitutionnels doit sans doute beaucoup à la « politique de

12. Sur tous ces éléments, voir Philippe Juhem, « Alternances politiques et transformations du champ de l'information en France après 1981 », *Politix*, 56, 2001.

13. Voir Myriam Bachir, *Sagesse et Politique*, thèse de doctorat en science politique, Amiens, 1995.

communication¹⁴ » initiée par le Conseil sous la présidence de Robert Badinter. Confronté à une brutale mise en cause en 1993 – à la suite de sa décision sur le droit d’asile, Édouard Balladur dénonce une « institution [qui] est conduite à contrôler la conformité de la loi au regard de principes généraux, parfois plus philosophiques et politiques que juridiques » –, le Conseil va chercher des alliés en essayant de mobiliser les médias. Si les problèmes posés par le caractère coutumier et confidentiel de la procédure du contrôle de constitutionnalité des lois, et par le sentiment d’arbitraire qui peut en résulter, avaient déjà conduit l’institution à s’inscrire plus avant dans la publicité – ainsi la publication des recours parlementaires décidée en 1983, celle des mémoires en défense du gouvernement devant attendre un peu plus d’une décennie –, la crise de 1993 conduit son président à inscrire pleinement le Conseil constitutionnel dans les « logiques » de la communication à destination des médias : production de communiqués de presse faisant suite au prononcé des décisions, distribution de « dossiers de presse » (largement repris, ensuite, dans les médias les plus dépendants de ce type de « source »), organisation de conférences de presse durant lesquelles le secrétaire général du Conseil peut s’entretenir... « off the record¹⁵ » avec les journalistes présents. Roland Dumas institutionnalisera ces initiatives sous la forme d’un service spécialisé – le Service des relations extérieures –, et l’on sait l’importance qu’occupe aujourd’hui, en termes de communication, le site Internet du Conseil constitutionnel, même si son contenu a connu ces dernières années quelques dérapages fâcheux pour l’image de l’institution.

141

En se voyant reconnaître par la presse, *urbi et orbi*, la place d’arbitre suprême des conflits politiques, le Conseil lui rend en retour l’éminent service de lui donner les moyens d’adopter cette posture moralisante qui permet un jugement distancié sur la politique. Transformée de fait en auxiliaire du contrôle de constitutionnalité, dont elle assure une forme de promotion « pédagogique » à l’intention du grand public, la presse se donne ainsi les moyens de s’ériger plus encore en gardienne du bon ordre politique. Mais, si elle est alors particulièrement dépendante de sa « source » – a-t-elle véritablement les moyens d’infirmier au fond les ver-

14. Selon l’intitulé d’une des pages du site Internet du Conseil constitutionnel : www.conseil-constitutionnel.fr/divers/communication.htm.

15. On connaît l’importance de cette expression dans l’économie pratique du travail journalistique. Il est plus curieux de la retrouver très officiellement employée sur le site du Conseil constitutionnel (référence précitée)...

dicts du Conseil ? –, c'est à la condition que l'institution, comme la femme de César, soit « irréprochable ». Le gardien de la Constitution ne saurait donner prise au soupçon de turpitude politicienne. Comme pour les hommes politiques, l'intérêt des journalistes pour le contrôle de constitutionnalité dépend de l'image juridictionnalisée et neutralisée de l'institution. Dans le cas où sa pratique semblerait s'éloigner de cette image, la déférence se fait rapidement dévoilement, avec la cruauté des amants déçus¹⁶.

De même, en faisant régulièrement du Conseil constitutionnel un « objet » des sondages d'opinion, la presse contribue à asseoir (positivement) l'image de l'institution dans « l'opinion publique », mais s'arroge du même coup le droit d'intervenir de cette façon dans les débats constitutionnels¹⁷. Dernier avatar de la culture de constitutionnalité, la ventriloquie sondagière se fait constitutionnelle. La boucle est en quelque sorte bouclée dans la « démocratie d'opinion » qui nous gouverne.

16. Voir par exemple les « révélations », jamais démenties, de Thierry Bréhier sur la décision controversée du Conseil accordant un privilège de juridiction au président de la République (*Le Monde*, 26 janvier 1999).

17. Suite à la censure du Conseil sur la loi dite de « modernisation sociale », un sondage CSA/*Le Parisien* (17 janvier 2002) demande par exemple aux personnes interrogées d'arbitrer entre deux principes : « le droit à l'emploi » et « la liberté d'entreprendre » ; c'est le premier des deux qui emporte largement la faveur de « l'opinion publique », ce qui permet aux journalistes de discuter la décision « inverse » du Conseil.

R É S U M É

La classe politique a trouvé dans le recours au Conseil constitutionnel une ressource nouvelle dans le combat politique et ses critiques de l'institution ne visent plus à la supprimer comme jadis mais à stigmatiser son « imperfection » juridictionnelle. Les médias s'appuient de leur côté sur le contrôle de constitutionnalité pour donner plus d'objectivité à leurs verdicts sur la politique mais aussi, grâce aux sondages d'opinion, sur les questions constitutionnelles.

CHRONIQUES

ADOLF KIMMEL

LES ÉLECTIONS DU 22 SEPTEMBRE 2002 AU BUNDESTAG DES VAINQUEURS INATTENDUS

UN RÉSULTAT TRÈS SERRÉ
ET DES VAINQUEURS
QUI N'Y CROYAIENT PLUS

Jamais dans l'histoire électorale de la République fédérale, l'issue des élections au Bundestag n'a été aussi imprévisible, encore quelques jours avant le jour du scrutin. Toutes les majorités gouvernementales étaient possibles et le suspense devant la télé, après la fermeture des urnes, était tout à fait comparable à un très bon film policier. Jamais non plus le résultat n'a été aussi serré¹, l'équilibre aussi parfait entre les deux grands partis, le SPD et la CDU/CSU. Pour la première fois, les deux se trouvent à égalité avec 38,5 % des voix. L'avance minime du SPD, de 6 000 voix

sur 48 millions d'électeurs (qui ne se mesure même pas au deuxième chiffre après la virgule!), est comparable aux 8 secondes d'avance de Greg Lemond sur Laurent Fignon à l'arrivée du Tour de France en 1989, après plus de 87 heures et 3 285 km de course. Mais, comme un seul coureur porte le maillot jaune, un seul des deux² prétendants, Gerhard Schröder ou Edmund Stoiber, sera chancelier.

La coalition SPD/Verts reste au pouvoir, mais d'extrême justesse, car avec 306 sièges elle ne dépasse la majorité absolue que de 4 sièges. Gerhard Schröder peut continuer de gouverner surtout parce que le PDS échoue à la barre des 5 %. Si ce parti avait conquis une troisième circonscription³ ni la coalition

145

1. Quant au nombre des sièges au-dessus de la majorité absolue. Par comparaison aux voix obtenues par les partis représentés au Bundestag, le résultat de 1994 était encore plus serré: 0,3 point d'avance seulement pour la coalition CDU/CSU, mais la CDU a obtenu 12 « mandats en plus » contre 4 seulement pour le SPD.

2. Le FDP avait proclamé son président, Guido Westerwelle, « candidat à la chancellerie », mais personne n'a pris cette prétention au sérieux.

3. Conséquence, pour une part, d'un nouveau découpage des circonscriptions, rendu nécessaire par la réduction du nombre des sièges de 656 à 598, le PDS ne garde que 2 de ses 4 circonscriptions gagnées par la « première voix » en 1998. Une troisième circonscription lui aurait permis d'envoyer 24 députés au Bundestag, au lieu de 2. Les mandats « théoriques » des partis qui échouent à la barre des 5 % sont distribués parmi les partis représentés au

Le résultat global

	Voix en %	Sièges	Gains et pertes (comparaison 1998)	
			Voix en %	Sièges ^d
SPD	38,5	251 ^a	- 2,4	- 48
CDU/CSU	38,5	248 ^b	+ 3,4	+ 3
Verts	8,6	55	+ 1,9	+ 8
FDP	7,4	47	+ 1,2	+ 4
PDS	4,0	2 ^c	- 1,1	- 34
divers	3,0	-	- 2,9	-
(dont extrême droite et droite populiste)	1,8			

146

a. Dont 4 « mandats en plus »⁴.

b. Dont 1 « mandat en plus ».

c. Trop peu nombreux pour former un groupe, ils sont des non-inscrits.

d. Le nombre des sièges fut réduit de 656 à 598 (sans les « mandats en plus »).

SPD/Verts ni celle entre la CDU/CSU et le FDP ne disposerait de la majorité absolue des sièges. La grande coalition entre le SPD et la CDU/CSU aurait été la conséquence inévitable. Les autres raisons sont un meilleur résultat des Verts que prévu, un résultat plus mauvais des libéraux du FDP qu'ils n'espéraient, mais aussi des gains trop modestes de la CDU (1,1 point), contrairement à la CSU bavaroise (10,9 points !). Malgré ses gains la CDU/CSU a manqué le but, à savoir conquérir, avec le

FDP comme partenaire envisagé, la majorité parlementaire et former le nouveau gouvernement. Cette défaite est d'autant plus douloureuse que la victoire paraissait acquise presque jusqu'à la dernière étape, comme le maillot jaune à Laurent Fignon à quelques kilomètres de l'arrivée...

Après l'affaiblissement de la CDU/CSU, à la suite du scandale financier qui la secouait depuis le mois de décembre 1999⁵, la coalition SPD/Verts pouvait être sûre de sa victoire aux élections pré-

Bundestag. Ainsi le SPD n'obtient pas 230 sièges, correspondant à ses 38,5 %, mais – sans les « mandats en plus » – 247.

4. Cette particularité est une conséquence de la loi électorale allemande. L'électeur a deux voix : avec la « première voix » il choisit, à la majorité relative, le député de sa circonscription. La « deuxième voix » va à la liste d'un parti (dans le cadre d'un Land). Le pourcentage obtenu par la liste détermine, à la proportionnelle, le nombre des sièges du parti au Bundestag. C'est un système proportionnel (et non pas mixte), car les sièges gagnés par la première voix sont pris en compte pour la distribution proportionnelle. Les « mandats en plus » (*Überhangmandate*) sont acquis si un parti gagne, dans le cadre d'un Land, plus de circonscriptions par la première voix que le pourcentage de la deuxième voix ne lui donnerait.

5. Voir notre analyse dans *Pouvoirs*, n° 94, 2000, p. 131-140.

vues pour 2002. Cela d'autant plus que le nombre des chômeurs était tombé de 4,5 millions à l'arrivée du gouvernement Schröder (janvier et février 1999) à 3,7 en juin 2001.

Mais à la fin de l'année 2001 la situation commence à changer. Le chômage, considéré comme le problème le plus important (par 80 % des gens) et le plus urgent à régler, remonte à cause d'un affaiblissement de la conjoncture économique mondiale, mais aussi d'un manque d'énergie et de volonté du gouvernement de réformer le marché du travail.

Au mois de janvier 2002 la question délicate du choix du « candidat à la chancellerie », question qui a longtemps occupé et divisé la CDU/CSU, trouve enfin une réponse : ce sera Edmund Stoiber, ministre-président de la Bavière et président de la CSU. C'est la deuxième fois après Franz Josef Strauß en 1980 qu'un leader de la CSU ambitionne le poste politique le plus important en Allemagne. Angela Merkel, présidente de la CDU, se résigne vu le soutien très large que rencontre Edmund Stoiber dans les fédérations et même au sein de la direction de la CDU. La compétence qu'on attribue au leader de la CSU, notamment dans le domaine économique (et la bonne santé économique de la Bavière est là pour preuve), a finalement été décisive. Cette décision prise, la CDU/CSU retrouve sa cohésion interne, sa confiance et dépasse, pour la première fois depuis deux ans, le SPD dans les sondages.

Dans les mois suivants la situation économique se détériore encore et le chiffre des chômeurs ne cesse de monter. L'inertie du gouvernement, que le chancelier essaie de présenter comme une politique réfléchie, accroît le mécon-

tement. Les élections régionales en Saxe-Anhalt, le 21 avril, se soldent par un triomphe de la CDU (elle gagne 15,3 points), un excellent résultat du FDP (de 3,2 à 13,3 %) et une débâcle pour le SPD (il chute de 35,9 % à 20 %) qui perd le pouvoir.

Edmund Stoiber, considéré comme très à droite, s'efforce d'apparaître comme un homme politique modéré, compétent et capable de faire démarrer l'économie allemande languissante, essentiellement par une baisse d'impôts et des charges des entreprises, notamment des PME. Il ne fait campagne que sur un seul sujet : la situation économique et le chômage. Il rappelle constamment au chancelier qu'il avait claironné, un peu trop vite, qu'il ne mériterait pas d'être réélu s'il n'avait pas fait baisser, à la fin de son mandat, le nombre des chômeurs d'un million, le ramenant donc à 3,5 millions environ. Or le chiffre va bientôt dépasser de nouveau le seuil de 4 millions et n'est plus très loin du niveau de 1998-1999. La CDU/CSU n'a aucune peine à proclamer l'échec complet de la politique du gouvernement sur ce problème clé. Le chancelier accuse la conjoncture économique mondiale, en déprime surtout depuis le 11 septembre 2001, et tente de contrer les attaques de l'opposition en mettant en relief les réformes du gouvernement (réforme fiscale, réforme des retraites, code de la nationalité, etc.) – en vain. Même la présentation prématurée, fin juin, des propositions d'experts (la commission Hartz) pour faire baisser le chômage en réformant le marché du travail n'a que peu d'effets.

La CDU/CSU a toujours le vent en poupe et caracole sur les sommets des sondages. Jusqu'à la mi-août elle a presque constamment une avance de 5 à

9 points sur le SPD. Une très nette majorité de la population est convaincue de la défaite électorale du SPD et des Verts. Même parmi leurs propres partisans une minorité seulement – un tiers environ – s’attend à une reconduction du gouvernement⁶.

Après la « première » de 1998, remarquable sous plusieurs aspects⁷, une autre « première » était plus que probable : le renvoi d’un chancelier par les électeurs après seulement une législature. En même temps le premier gouvernement SPD/Verts ne resterait qu’un épisode.

148

Pourtant, entre le 8 et le 12 septembre, les sondages placent les deux partis à égalité ou donnent un avantage au SPD. La victoire du camp gouvernemental est cependant loin d’être acquise, car le FDP devance toujours les Verts et l’incertitude sur l’entrée du PDS au Bundestag reste entière. Ainsi à la veille du scrutin pratiquement toutes les coalitions gouvernementales paraissent possibles : SPD/Verts, CDU/CSU et FDP, SPD et FDP, grande coalition, peut-être même un gouvernement minoritaire SPD/Verts toléré par le PDS (pourtant exclu par Schröder) ou une coalition tripartite SPD, FDP et Verts (mais refusée d’avance par le FDP).

Comment expliquer ce retournement spectaculaire, cette victoire sur le fil du chancelier et de sa coalition lors de la

dernière étape de la course ? On peut résumer l’explication en trois mots : inondations, Irak, duels télévisés.

DES ÉVÉNEMENTS INATTENDUS ET UN TOURNANT SPECTACULAIRE

Les inondations catastrophiques de l’Elbe, à partir de la mi-août, ravagent de vastes régions d’Allemagne de l’Est. Elles fournissent au chancelier l’occasion de démontrer qu’il n’a pas perdu sa capacité de décision et d’action. Tout de suite présent sur les lieux de la catastrophe – contrairement à Stoiber –, il gère la crise énergiquement, prend des décisions rapides et convaincantes⁸. La proposition de financer la réparation des dégâts considérables par l’ajournement d’un an de la deuxième tranche de la réforme fiscale est critiquée par la CDU/CSU, mais largement (62 %) approuvée par l’opinion⁹. Visiblement la CDU/CSU et son candidat ne sont pas à la hauteur de la situation (et le FDP est quasi absent). À partir de ce moment, la courbe des intentions de vote en faveur de la CDU/CSU commence à baisser, tandis que la popularité du chancelier s’accroît entraînant le SPD derrière lui. De plus, peut-être surtout, les inondations relèguent le seul sujet de la campagne électorale de la CDU/CSU, la situation économique et le chômage, à l’arrière-plan (*agenda-*

6. Le nouveau patron du DGB, la confédération syndicale, dit franchement, fin mai, qu’il ne croit plus à une victoire du SPD.

7. Premier changement complet d’un gouvernement, et cela grâce au résultat électoral (et non pas à la décision d’un parti comme en 1966, 1969 et 1982) ; premier vrai gouvernement de gauche ; premiers ministres verts au niveau fédéral. Voir notre analyse in *Pouvoirs*, n° 88, 1999, p. 139-152.

8. Début août 60 % des personnes tiennent le gouvernement pour trop faible ; fin août le chiffre est tombé à 40 %.

9. Les propositions assez confuses de financement proposées par la CDU/CSU sont repoussées par une majorité identique.

cutting classique). L'écologie, point fort des Verts (et point faible de la CDU/CSU), gagne en importance.

Après les inondations l'administration de George W. Bush vient (involontairement) à la rescousse du chancelier. Le vice-président Dick Cheney déclare le 27 août qu'une guerre préventive contre l'Irak sera nécessaire pour faire tomber Saddam Hussein. Gerhard Schröder réagit en affirmant clairement qu'un gouvernement allemand sous sa direction ne participera en aucun cas à une intervention militaire éventuelle en Irak, même si elle est décidée par le conseil de sécurité des Nations unies. Cette position claire, mais aussi sommaire et peu diplomatique, est approuvée par une majorité de la population. La position de Stoiber et de la CDU/CSU paraît hésitante et n'emporte pas la conviction. Le chancelier réussit ainsi à imposer un nouveau sujet électoral (*agenda-setting*) qui lui profite et nuit à son concurrent. Gerhard Schröder fait figure de chancelier de la paix et un gouvernement dirigé par le SPD est perçu comme plus compétent pour gérer une crise internationale qu'un gouvernement CDU/CSU (48 % à 24 %). Le thème « pacifiste » est évidemment bienvenu chez les Verts et pour le ministre des Affaires étrangères, Joschka Fischer.

Les inondations comme le débat autour de l'Irak ont remis la personnalité du chancelier au centre de la campagne électorale. Les deux duels télévisés, qui ont lieu le 25 août et le

8 septembre constituent une nouveauté dans l'histoire électorale allemande et sont très largement suivis (15 millions de téléspectateurs à chaque débat). Ils ont renforcé le caractère personnalisé de la campagne. Le deuxième duel, qui portait notamment sur l'Irak, est très favorable au chancelier. Toujours préféré à son challenger et toujours mieux noté que le SPD, Gerhard Schröder creuse l'écart : la veille de l'élection 58 % des électeurs le préfèrent à Stoiber (34 %). Il est notamment jugé plus sympathique que son concurrent, ce qui l'avantage beaucoup à la télé. Toutefois il ne faut pas exagérer. Les élections au Bundestag ne sont pas des élections présidentielles américaines ou françaises. Autrement la très forte avance de Schröder sur Stoiber aurait dû aboutir à une victoire écrasante du SPD. Pour plus de 60 % des électeurs, le facteur le plus important est toujours le parti et son projet politique. Le candidat pèse moins que 30 %¹⁰. Néanmoins il est assez probable que le facteur personnel a suffisamment joué pour donner l'avantage minime mais décisif au SPD¹¹.

Il est quand même difficile d'en conclure qu'Edmund Stoiber n'était pas le bon candidat. Il a réussi à mobiliser assez fortement les électeurs fidèles de la CDU/CSU, surtout au sud de l'Allemagne, et à reprendre au SPD plus d'un million d'électeurs. Mais il a rencontré des difficultés dans les régions est et nord de l'Allemagne et chez les femmes.

Comme dans le passé le SPD a besoin, pour gagner les élections, d'un candidat

10. 64 % jugent très important de savoir quels partis formeront le gouvernement, 27 % considèrent la personnalité du chancelier comme décisive. (Dieter Roth, « patron » de l'Institut de sondage Forschungsgruppe Wahlen, au colloque de Tutzing.)

11. Le candidat aurait été très important pour 42 % des électeurs du SPD, mais seulement pour 22 % des électeurs de la CDU/CSU.

très populaire (Willy Brandt, Helmut Schmidt), tandis que la CDU/CSU peut gagner avec un candidat (ou même un chancelier) dont l'approbation reste en dessous de celle du parti (comme ce fut longtemps le cas avec Helmut Kohl).

En somme Schröder et le SPD ont réussi, dans les toutes dernières semaines, à mobiliser leur électorat sur des thèmes plutôt émotionnels : la solidarité (pendant les inondations catastrophiques), la paix, la sympathie (suscitée par la personnalité du chancelier), la justice sociale. Stoiber et la CDU/CSU ont utilisé des thèmes plus sobres, presque exclusivement économiques¹².

150

Les petits partis jouent en Allemagne un rôle décisif, car le système proportionnel ne permet qu'exceptionnellement à un des deux grands de conquérir à lui seul la majorité absolue¹³. C'est leur poids électoral et leur choix du partenaire – SPD ou CDU/CSU – qui décident si l'Allemagne a un gouvernement du centre gauche ou du centre droit ou, éventuellement, de grande coalition. Le FDP a longtemps fait pencher la balance et, depuis 1969, il déclare sa préférence avant l'élection. Cette fois pourtant les libéraux ont souligné leur indépendance et n'ont pas dit s'ils formeraient, le cas échéant, une coalition avec le SPD ou la CDU/CSU. Par ses positions en politique économique, le FDP est toutefois plus proche de la CDU/CSU. Mais cette volonté affichée d'indépendance, critiquée par des membres de la direction du parti, n'est pas appréciée par ses propres partisans : 60 % auraient souhaité qu'il

se déclare franchement. L'indépendance a eu comme conséquence qu'il n'y a pas eu, cette fois, d'électeurs chrétiens-démocrates donnant, pour des motifs tactiques, leurs voix au FDP (*Koalitionswähler*). En revanche, il a, comme la CDU/CSU, repris au SPD des électeurs (estimation : 350 000), déçus par la politique du gouvernement Schröder. Sans doute la campagne populiste de son turbulent vice-président Jürgen W. Möllemann, à relents anti-israéliens et même antisémites, lui a-t-elle également fait perdre des voix. Le côté gai trop forcé de sa campagne, le style américain n'ont pas été non plus du goût de tous ses sympathisants. Avec les 7,4 % obtenus, la déception est à la mesure de l'ambition (18 % !).

Déception chez les libéraux, heureuse surprise chez les Verts. Après avoir subi des pertes, parfois substantielles, dans toutes les élections régionales depuis 1999, ils paraissaient même menacés par l'obstacle des 5 %. Cette situation précaire est la première explication de leur succès : un demi-million d'anciens électeurs du SPD ont donné leurs voix aux Verts pour sauver la coalition. Ce transfert était d'autant plus possible que le SPD a déclaré clairement cette fois, contrairement à la campagne de 1998, qu'il formerait, si le résultat des élections le permettait, une nouvelle coalition avec les Verts. La deuxième explication a un nom : Joschka (Fischer). Rompant avec leur tradition, hostile à toute personnalisation, les Verts ont cette fois nommé comme leader (*Spitzenkandidat*) le

12. L'analyse de la Fondation Konrad Adenauer conclut quelque peu dépitée : « À la fin le ventre a eu gain de cause sur la tête. »

13. L'exception unique : le triomphe de la CDU/CSU en 1957, lorsque le chancelier Adenauer était au zénith de sa popularité et de son prestige.

Résultats dans l'ex-RFA et l'ex-RDA (nouveaux Länder)

	SPD	CDU/CSU	Verts	FDP	PDS
Allemagne	38,5	38,5	8,6	7,4	4,0
ex-RFA	38,3	40,8	9,4	7,6	1,1
ex-RDA	39,7	28,3	4,7	6,4	16,9

Dans l'ancienne RFA, il y a 39,7 millions de suffrages exprimés, dans l'ancienne RDA 8,8 millions.

ministre des Affaires étrangères, l'homme politique le plus populaire en Allemagne.

Pour le PDS, c'est la catastrophe. Il ne franchit pas la barre de 5 % et n'est donc plus représenté en tant que groupe au Bundestag, mais seulement par deux députés non inscrits (pourtant membres du parti) qui ont réussi à remporter deux circonscriptions à Berlin. Le PDS n'a rien gagné dans l'ancienne RFA où il reste très marginal (1,1 %), et il a perdu plus d'un quart de ses électeurs dans l'ancienne RDA. Ces anciens électeurs ont bifurqué essentiellement dans deux directions : vers les abstentionnistes, plus nombreux dans les nouveaux Länder que dans l'ancienne RFA, et vers le SPD (plus de 300 000). Ce dernier a séduit une bonne partie des anciens électeurs du PDS en montrant à l'occasion des inondations une solidarité que les Allemands de l'Est réclament et qu'ils croient ne pas toujours obtenir. La position pacifiste du chancelier dans la question de l'Irak a également facilité un transfert de voix du PDS au SPD. Un certain nombre d'électeurs du PDS a eu le sentiment que leur parti ne se distinguait plus assez nettement du SPD (avec lequel il gouverne d'ailleurs à Berlin et en Mecklembourg-Poméranie). Déçus et résignés, ils se sont réfugiés dans l'abstention. Il est cepen-

dant prématuré d'annoncer dès à présent la fin du PDS.

GÉOGRAPHIE ÉLECTORALE : L'ALLEMAGNE RÉUNIFIÉE, MAIS DIVISÉE

La carte électorale montre une Allemagne doublement divisée : entre l'est (l'ancienne RDA) et l'ouest (l'ancienne RFA), entre le nord et le sud.

Dans l'ancienne RFA, la CDU/CSU arrive nettement en tête et ses gains (3,8 points) se situent au-dessus de la moyenne ; le SPD baisse fortement (4 points) et reste légèrement au-dessous de son résultat global. Dans l'ancienne RDA, le SPD réalise des progrès importants (4,6 points) et est de loin le parti le plus fort ; la CDU doit se contenter de 28,3 % (gain d'un point). Elle n'y a qu'une place forte, la Saxe, où elle reste en tête (33,6 %) et remporte 13 sur 17 circonscriptions. Dans les autres nouveaux Länder, elle n'arrive que très loin derrière le SPD (des différences entre 10,5 et 24 points). En dehors de la Saxe, elle ne gagne que 3 sur 37 circonscriptions (sans Berlin).

La CDU, grand vainqueur avec Helmut Kohl, le chancelier de l'unité, des élections de 1990 dans l'ex-RDA¹⁴, y a

14. Aux premières élections libres à la *Volkskammer*, le parlement de la RDA, le 18 mars 1990, la CDU gagne 40,8 % des voix, le SPD 21,9 %. Aux premières élections au Bundestag

Nord et sud (ex-RFA)

	<i>SPD</i>	<i>CDU/CSU</i>	<i>Verts</i>	<i>FDP</i>	<i>PDS</i>
Nord	44,7 (- 2,3)	33,5 (+ 0,4)	10,1	7,3	1,5
Centre	42,2 (- 3,4)	35,6 (+ 1,6)	9,3	9,1	1,2
Sud	31,4 (- 5,3)	49,2 (+ 7,2)	9,0	6,5	0,8

152

perdu depuis cette date 12,5 points. Elle est surclassée par le SPD et a finalement perdu les élections dans ces régions. Si des facteurs structurels sont les plus importants (on y reviendra), la personnalité d'Edmund Stoiber n'a certes pas aidé la CDU¹⁵.

Le FDP double presque son pourcentage (de 3,3 % à 6,4 %) et peut maintenant prétendre au statut de parti pour toute l'Allemagne. Par contre, les Verts ne progressent guère dans l'ancienne RDA (0,6 point) et y restent très faibles ; ils sont presque un parti régional de l'ancienne RFA. Le déséquilibre saute encore plus aux yeux si l'on regarde les chiffres absolus : 3,7 millions dans l'ouest de l'Allemagne, mais seulement 411 000 à l'est. Le PDS reste ce qu'il a été : un parti purement régional de l'ex-RDA (mais où il perd 4,7 points), car il ne réussit toujours pas sa percée dans l'ex-RFA.

Dans l'ancienne RFA la coupure entre le nord et le sud est encore plus marquée que dans le passé (voir tableau ci-dessus).

Les enseignements à tirer de ce tableau sont sans équivoque : la CDU/CSU frôle la majorité absolue dans le sud de l'Allemagne, mais elle ne gagne qu'un tiers des électeurs dans le nord. Stagnant dans le nord, à un niveau bas, elle progresse fortement dans le sud : un bond de 10,9 points en Bavière (elle conquiert les 44 circonscriptions sauf une), progrès de 5 points en Bade-Wurtemberg (32 circonscriptions sur 37). Pour le SPD il faut faire des constatations exactement inverses.

Il est évident qu'ici aussi la personnalité d'Edmund Stoiber fournit une partie, mais une partie seulement, de l'explication. Très populaire ministre-président de la Bavière, il mobilise ses électeurs traditionnels au maximum¹⁶. En chiffres absolus, les gains de la CDU/CSU dans toute l'Allemagne proviennent à 86 % de la seule CSU (qui est d'ailleurs, avec 9 % des voix et 58 députés le troisième parti de l'Allemagne). Autrement dit, la CDU ne progresse que très faiblement, par rapport à son niveau le plus

dans l'Allemagne unifiée, le 2 décembre 1990, la CDU fait encore mieux avec 41,8 %, le SPD doit se contenter de 24,3 %.

15. Seulement 27 % aimeraient l'avoir comme chancelier, contre 65 % en faveur de Schröder.

16. La Bavière est la seule région où la participation électorale progresse : de 2,4 points. Dans les autres Länder, on constate des reculs de 1,5 à 8,4 points.

bas depuis 1949. La personnalité du ministre-président de la Bavière séduit certes beaucoup moins au nord¹⁷, mais elle n'explique pas tout.

L'explication profonde des différences très marquées des résultats de la CDU/CSU dans le nord et l'est d'une part, dans le sud d'autre part est d'ordre culturel et religieux. Dans le sud de l'Allemagne comme dans les régions catholiques (et souvent rurales) du centre et du nord (Westphalie, une partie de la Rhénanie, l'Emsland), on rencontre une culture et des mentalités traditionnelles, souvent sur un fondement religieux, surtout catholique. L'électorat y est réticent ou franchement hostile à des réformes de société, à une modernisation culturelle, entreprise par le gouvernement fédéral, sous l'impulsion des Verts. Il a donc une préférence marquée pour le parti qui défend encore les valeurs traditionnelles, à savoir la CDU/CSU. Mais la CDU/CSU a un prix à payer : perçue par l'électorat « moderne », l'électorat protestant (détaché de l'Église), l'électorat des sans-religion et l'électorat des grandes villes¹⁸ comme un parti trop traditionaliste, un parti en quelque sorte démodé, la CDU n'a pas de chances d'y devenir majoritaire, même si une situation économique difficile et un bilan décevant du gouvernement sur des problèmes considérés comme essentiels (chômage) lui sont favorables. L'analyse sociologique va confirmer cette interprétation.

SOCIOLOGIE ÉLECTORALE : CONTINUITÉ ET CHANGEMENTS

L'aspect le plus nouveau et le plus surprenant de l'analyse sociologique est le comportement électoral des femmes. Autrefois, dans les années cinquante et soixante, la CDU/CSU était leur parti préféré ; aujourd'hui c'est le SPD. 41,5 % lui donnent leurs voix, mais 38,7 % seulement vont à la CDU/CSU. La CDU/CSU a perdu les élections dans les régions de l'ex-RDA, mais aussi parmi les femmes (plus nombreuses que les hommes).

Parmi les femmes jeunes, l'avance du SPD est, avec 9,8 points, particulièrement nette. Malgré des progrès, un tiers seulement des femmes entre 18 et 45 ans vote CDU/CSU, mais plus de 40 % SPD. Si la CDU/CSU reste majoritaire parmi les femmes de plus de 60 ans (46 % à 41 % pour le SPD), elle n'a aucune raison d'en tirer satisfaction car elle ne corrige pas les pertes subies en 1998. Depuis les débuts de la République fédérale une majorité absolue, souvent même forte, des femmes de plus de 60 ans a voté pour la CDU/CSU. Un recul de 7 points dans cette catégorie, qui pèse lourdement dans l'électorat, se fait sentir.

Le vote des femmes jeunes et d'âge moyen s'explique en grande partie par le facteur culturel : malgré quelques efforts, la CDU/CSU n'a pas convaincu les femmes qu'elle est prête et capable de mener une politique qui tient suffisamment compte de leurs mentalités et de

153

17. 62 % préféreraient Schröder comme chancelier contre 30 % pour Stoiber ; même au sud Schröder devance son concurrent : 52 % à 39 %.

18. Il est significatif que la CDU n'atteint dans les grandes villes des Länder que des résultats particulièrement faibles : Brême 24,5 % (- 0,9), Berlin 25,9 %, Hambourg 28,1 % (- 1,9).

Le vote par catégorie professionnelle

	SPD	CDU/CSU	Verts	FDP	PDS
Résultats	38,5	38,5	8,6	7,4	4,0
Actifs	37	38	10	8	4
Retraités	40	44	4	6	5
En formation	38	28	16	10	5
Chômeurs	41	27	9	6	10
Ouvriers	44	37	4	7	4
Employés	41	35	10	7	4
Fonctionnaires	33	41	14	6	3
Patrons, artisans	21	51	11	13	3
Paysans	19	66	3	6	4
• Syndiqués	51	27	9	5	5
Non-syndiqués	36	41	9	8	4
• Ouvriers synd.	54	28	4	5	4
Ouvriers non synd.	40	41	4	7	5
• Employés synd.	56	20	11	5	7
Employés non synd.	38	38	10	8	4

154

leurs intérêts (surtout pouvoir concilier une vie familiale avec l'exercice d'une profession). Mais pourquoi les femmes de plus de 60 ans ne votent-elles pas aussi massivement pour la CDU/CSU que par le passé ? Il semble que la question des retraites (que la CDU/CSU est plus prête à réduire que le SPD), mais peut-être aussi le problème de l'Irak (paix ou guerre) l'expliquent pour une part.

Les hommes préfèrent la CDU/CSU qui devance le SPD de 2,5 points. Les gains de la CDU/CSU sont aussi marqués (6 points) que les pertes du SPD

(5 points). Chez les électrices les évolutions sont beaucoup plus modérées : la CDU/CSU gagne 2 points, le SPD recule d'un point¹⁹. Il est probable que les sujets économiques et la compétence attribuée dans ce domaine à Stoiber et à la CDU/CSU ont joué pour eux le rôle déterminant.

Les différentes catégories d'âge votent d'une façon très équilibrée pour le SPD, tandis que la faiblesse (relative) de la CDU/CSU parmi les jeunes, notamment les femmes, et sa forte position chez les électeurs âgés conduisent à des différences beaucoup plus marquées

19. Ces chiffres globaux cachent des différences selon les régions ; ainsi le SPD gagne 9 points chez les femmes dans l'ex-RDA.

Le facteur religieux (ex-RFA seulement)

	SPD	CDU/CSU	Verts	FDP
Résultats	38,3	40,8	9,4	7,6
Catholiques	30	53	8	7
Protestants	44	36	9	8
Sans religion	42	26	16	9
Cath. pratiquants réguliers	16	73	5	4
Cath. pratiquants occasionnels	26	58	7	6
Non pratiquants	37	41	10	9
Prot. pratiquants réguliers	27	56	7	6
Prot. pratiquants occasionnels	40	42	7	8
Non pratiquants	47	32	10	8

155

(entre 32 % et 45 %). Les personnes âgées font toujours grise mine aux Verts, mais leur électorat est devenu plus homogène, car la génération fondatrice a pris de l'âge (35 à 44 ans) et vote plus fortement pour son parti que les jeunes (*Ergrauen der Grünen*).

Le vote par catégorie professionnelle n'offre pas trop de surprises. Le SPD fait mieux que la CDU/CSU parmi les ouvriers et les chômeurs, les employés et ceux qui n'ont pas encore terminé leur formation (les jeunes, apprentis ou étudiants). La CDU/CSU trouve plus d'électeurs parmi les fonctionnaires, mais surtout parmi les patrons (*Selbständige*), notamment des PME, et les paysans. Dans ces catégories (11 % seulement de la population active), on a affaire presque à un vote de classe : deux tiers des paysans et la moitié des *Selbständige* (si l'on ajoute le très bon

résultat du FDP, on atteint également les deux tiers) votent pour la CDU/CSU (ou, plus généralement, pour les partis de droite). Bref : les patrons ne sont plus séduits par Gerhard Schröder.

Quelques évolutions sont particulièrement significatives. Ainsi les pertes du SPD sont les plus fortes parmi les ouvriers, même syndiqués (7 points), où la CDU/CSU gagne le plus (8 points). Si le SPD conserve malgré tout sa clientèle la plus fidèle parmi les travailleurs syndiqués, ouvriers et employés (54 % et 56 %), la CDU/CSU et le SPD sont à égalité parmi la fraction (numériquement plus importante²⁰) qui n'est pas syndiquée. Le recul du SPD chez les ouvriers est la manifestation d'un mécontentement concernant certains aspects de la politique du gouvernement jugés trop favorables aux patrons et aux

20. 18 % seulement des électeurs sont syndiqués.

« riches » (réforme fiscale, réforme des retraites). Le resserrement des liens entre le SPD et les syndicats pendant la campagne électorale n'a pas effacé complètement ce mécontentement.

Si les structures sociales du SPD et de la CDU/CSU se caractérisent toujours par quelques particularités, leurs profils se ressemblent beaucoup. Les deux partis sont des vrais partis attrape-tout (*Volksparteien ou catch-all parties*).

Le clivage le plus net entre la CDU/CSU, d'une part, le SPD (et même tous les autres partis), d'autre part, est constitué par le facteur religieux.

156

La CDU/CSU est toujours le parti des catholiques, surtout des pratiquants réguliers et encore occasionnels, le SPD y est toujours très minoritaire. Le SPD est préféré par les protestants, surtout les non-pratiquants, et par les sans-religion. Il est vrai que le groupe des pratiquants réguliers s'est beaucoup rétréci (18 % des inscrits pour les catholiques, 5 % pour les protestants). Si la CDU/CSU mise trop sur cette catégorie (par des positions très conservatrices sur des problèmes de société : famille, femmes, homosexualité etc.), elle risque de perdre des voix dans des catégories qui se sont éloignées des églises (et qui sont beaucoup plus nombreuses). Angela Merkel a bien vu ce problème, mais ses suggestions d'une certaine réorientation du parti ont tout de suite soulevé les protestations des traditionalistes.

CONCLUSION

Les élections ont révélé que malgré toutes les difficultés que connaît l'Allemagne il n'y a pas de crise de la démocratie. La participation électorale a bien baissé (de

3,1 points), mais avec 79,1 % elle reste fort élevée, comparée à celle d'autres démocraties. Les divers partis protestataires chutent de 5,9 % à 3 %. L'extrême droite et la droite populiste sont quasi inexistantes (1,8 %). Le PDS, qu'on peut également considérer – en partie au moins – comme une force de protestation (de la population dans l'ex-RDA), recule et rate son entrée au Bundestag. Les deux grands partis rassemblent toujours les trois quarts des suffrages et remplissent d'une façon tout à fait satisfaisante leur fonction d'intégration. Pas de crise de représentation donc.

L'aspect le plus surprenant des élections est la défaite – ou la non-victoire – de la CDU/CSU. La situation lui paraissait particulièrement favorable : une situation économique mauvaise dont l'évaluation par une forte majorité était très pessimiste ; un taux de chômage élevé ; un bilan du gouvernement qui prêtait à un jugement sévère. Après avoir surmonté la crise, conséquence de l'affaire des caisses noires, la CDU/CSU se présentait de nouveau comme un parti uni, motivé et gagnant (Saxe-Anhalt, le 21 avril). Les partis du gouvernement, notamment le SPD, étaient déprimés et le charme du chancelier était rompu. Néanmoins la CDU/CSU reste, pour la deuxième fois depuis 1949 (après 1998), au-dessous de 40 % et est dépassée – de très peu, il est vrai – de nouveau par le SPD.

Jusqu'aux élections de 1994, la CDU/CSU était – à la seule exception de 1972 – toujours le parti le plus fort, et souvent assez nettement. Depuis 1953, elle avait toujours gagné plus de 40 % des électeurs. Avant la réunification, elle s'était toujours placée au-dessus des 44 % (sauf pour les élections de 1949), ce que le SPD n'a réussi qu'une seule fois (1972).

L'avance moyenne de la CDU/CSU sur le SPD s'élevait, de 1953 jusqu'à la réunification, à 8 points. La CDU/CSU avait une majorité structurelle. Déjà affaiblie avant 1990, elle l'a perdue dans l'Allemagne unifiée. Encore cachée par la réunification et le rôle qu'y ont joué Helmut Kohl et la CDU/CSU – comparé à l'attitude ambiguë du SPD –, cette donnée nouvelle devenait déjà perceptible en 1994, lorsque la CDU/CSU reculait et se maintenait de justesse au pouvoir. Elle sautait aux yeux en 1998 et est, malgré les progrès de la CDU/CSU, confirmée en 2002.

On a déjà eu l'occasion de mentionner les éléments de cette situation nouvelle²¹. Pour des raisons culturelles et socio-économiques, la CDU ne pourra guère franchir la limite des 40 % dans l'ex-RDA (elle est en dessous depuis 1994) et est largement dépassée par les partis de gauche (SPD, PDS, Verts) qui réunissent 60 % des voix et même plus. Si aucun des partis ne dispose plus d'une majorité structurelle (car le SPD ne l'a pas conquise), les élections sont désormais très ouvertes, d'autant plus que les électeurs – et notamment dans l'ancienne RDA – deviennent de plus en plus « flot-tants ». Il est hautement improbable qu'un gouvernement, formé par les mêmes partis, reste au pouvoir pendant seize ans (comme Helmut Kohl avec le FDP). Le résultat des élections dépend de la situation particulière et de facteurs spécifiques : situation économique et politique, bilan du gouvernement, problèmes en jeu, compétence attribuée aux différents partis pour trouver une solu-

tion à ces problèmes, personnalités de leaders, etc. En 2002, la CDU/CSU n'a pas un leader aussi populaire que le SPD et elle ne trouve pas la bonne parade aux événements-surprises (inondations, Irak). Pendant les toutes dernières semaines avant les élections, sa compétence en matière économique et le piètre bilan du gouvernement en ce qui concerne la réduction du chômage ne sont plus assez percutants. Contrairement à la situation en 1998, il n'y a pas de majorité nette pour souhaiter un changement²². Avec sa campagne trop monothématique et trop négative, la CDU/CSU ne s'impose pas vraiment comme une alternative. Et enfin, elle se présente, aux yeux de beaucoup de femmes, comme trop conservatrice et traditionaliste du point de vue culturel.

L'autre difficulté que rencontre la CDU/CSU, c'est de trouver un partenaire, indispensable pour former un gouvernement. Jusqu'en 1983, il n'y avait que le FDP, prêt en principe à gouverner avec le SPD ou la CDU/CSU, tout en étant plus proche de cette dernière par ses positions économiques. Par conséquent il a plus longtemps partagé le pouvoir aux côtés de la CDU/CSU que du SPD. Avec la montée des Verts (entrés au Bundestag en 1983) et leur « normalisation », c'est-à-dire leur intégration dans le système parlementaire, un autre partenaire pour les deux « grands » est apparu. Mais jusqu'à présent c'est seulement le SPD qui peut former une coalition ou avec les Verts ou avec le FDP²³. La barrière entre la CDU/CSU et les Verts est encore trop

157

21. Voir notre analyse (pour 1998), in *Pouvoirs*, n° 88, p. 150-151.

22. En 1998, 64 % souhaitaient un changement, 33 % étaient contre ; en 2002, 46 % pour, 50 % contre.

23. Avec lequel il forme le gouvernement en Rhénanie-Palatinat.

haute. Pour échapper à cette situation, la CDU/CSU a tout intérêt à se rapprocher des Verts, mais le chemin sera probablement encore long.

On risque de porter un jugement erroné sur la vie politique allemande si l'on ne tient pas compte du fédéralisme et du rôle du Bundesrat²⁴. Actuellement la CDU/CSU dispose de la majorité à la deuxième chambre et peut bloquer l'action du gouvernement dans certains domaines, par exemple la plupart des lois fiscales. Après des débuts du nouveau gouvernement encore plus brouillons qu'en 1998, le SPD est en chute libre dans les sondages²⁵. Il paraît difficile qu'il remporte les élections en Hesse et qu'il garde le pouvoir en Basse-Saxe, lors des élections du 2 février 2003, pour conquérir la majorité au Bundesrat²⁶. Le gouvernement fédéral sera donc souvent contraint à trouver des compromis avec la CDU/CSU²⁷. Dans une large mesure l'Allemagne sera en fait gouvernée par une très large coalition, qui comprend, notamment dans les domaines économique, financier, social ou intérieur (pas en politique extérieure et de défense), la CDU/CSU et même le FDP.

*

BIBLIOGRAPHIE

Pour les informations chiffrées, fondées sur des sondages ainsi que pour les résultats électoraux détaillés on a eu recours aux publications suivantes : Forschungsgruppe Wahlen, Bundestagswahl (Berichte n° 108), Mannheim September 2002 ; Konrad-Adenauer-Stiftung, Politik-Kompass. Analyse der Bundestagswahl vom 22. September 2002 (Arbeitspapier n° 91), St. Augustin Oktober 2002 ; Der Bundeswahlleiter, Erste Ergebnisse aus der Repräsentativen Wahlstatistik zur Bundestagswahl 2002, Berlin Oktober 2002.

Les autres informations, notamment sur la campagne électorale, sont tirées de la presse allemande (*Frankfurter Allgemeine, Süddeutsche Zeitung, Die Zeit, Der Spiegel*).

Des analyses déjà plus approfondies sont issues de : Aus Politik und Zeitgeschichte, 9 décembre 2002, ainsi que du colloque tenu à la Politische Akademie de Tutzing, du 9 au 11 décembre 2002.

24. Voir notre analyse, in *Pouvoirs*, n° 84, 1998, p. 177-189.

25. Une élection au Bundestag donnerait actuellement 32 % au SPD (son point le plus bas dans les sondages depuis mai 1996), 46 % à la CDU/CSU. Un gouvernement CDU/CSU et FDP aura donc une majorité confortable. *Süddeutsche Zeitung*, 14/15 décembre 2002.

26. Ces élections ont eu lieu entre-temps : la CDU a obtenu la majorité absolue en Hesse (ce qui a fortifié la position du ministre-président, Roland Koch, en tant que prétendant à la direction de la CDU et rival d'Angela Merkel) ; elle a conquis la Basse-Saxe, fief de Gerhard Schröder qui avoue avoir subi « la défaite la plus amère de sa vie ». La CDU a donc encore élargi sa majorité au Bundesrat.

27. Au gouvernement avec la CDU en Bade-Wurtemberg, en Basse-Saxe et en Saxe-Anhalt. Par conséquent la CDU doit tenir compte du FDP dans ses votes au Bundesrat.

L'ORDRE DU JOUR RÉSERVÉ

SEPT ANNÉES DE GESTION SÉNATORIALE DE L'ARTICLE 48-3 DE LA CONSTITUTION

« Niche », ou « séance d'initiative parlementaire » (à l'Assemblée nationale), « Journée mensuelle réservée » (au Sénat), « fenêtre parlementaire », « plage parlementaire », l'imagination est féconde pour tenter de dénommer la séance mensuelle « réservée par priorité à l'ordre du jour fixé par chaque assemblée » (article 48, dernier alinéa, de la Constitution). Cette profusion sémantique révèle peut-être aussi une incertitude ou une interrogation juridique sur la portée de cette innovation introduite par la révision constitutionnelle du 4 août 1995 qui avait pour objet principal, outre l'extension du champ du référendum, d'instituer une session unique de neuf mois, d'octobre à juin.

Dans une première approche, on peut y voir une simple entaille dans le quasi-monopole gouvernemental de l'ordre du jour législatif, une extension ou une variante de l'ordre du jour complémentaire, réduit à presque rien par le volume croissant du programme législatif des différents gouvernements.

On peut pousser plus loin l'analyse juridique et estimer que le constituant de 1995 a ouvert un nouvel espace de liberté où chaque assemblée peut revitaliser, revivifier l'initiative parlementaire *lato sensu*, d'autant que la pratique a su dégager des règles ou des coutumes spécifiques à cette nouvelle catégorie d'ordre du jour dans le sens d'une plus grande autonomie de chaque assemblée.

Une fois par mois, le Sénat peut recouvrer une liberté entière dans le choix des sujets inscrits à son ordre du jour. À cet égard, l'ordre du jour réservé apparaît comme le meilleur révélateur des priorités sénatoriales : la décentralisation, l'Europe, la justice ou les problèmes touchant à la vie quotidienne des Français.

Encore faut-il que le *gouvernement* laisse les deux assemblées délibérer en toute liberté sans recourir aux armes du parlementarisme rationalisé (l'irrecevabilité financière, le vote unique...) qui ont pour effet de brider ou de limiter l'initiative parlementaire. À ce titre,

* Directeur du Service de la Séance du Sénat.

L'auteur du présent article souhaite remercier tous les fonctionnaires du Service de la Séance qui l'ont aidé à rassembler la documentation, notamment M^{me} Christine Allais et M. Frédéric Pacoud.

la révision de 1995 laisse un goût d'inachevé, de « *non finito* ».

Le Sénat a su néanmoins exploiter toutes les potentialités du nouvel alinéa de l'article 48 de la Constitution, pour donner un nouvel élan à ses initiatives législatives.

L'ORDRE DU JOUR RÉSERVÉ :

LA CONQUÊTE

D'UN NOUVEL ESPACE DE LIBERTÉ

La volonté de desserrer l'étau de l'ordre du jour prioritaire s'inscrit dans le mouvement plus général de la revalorisation de la place du Parlement au sein de nos institutions. Cette revendication est ancienne, comme en témoignent les protestations rituelles des différents présidents du Sénat contre la portion congrue des propositions sénatoriales inscrites à l'ordre du jour. Elle a été reprise par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, qui proposait déjà, en février 1993, de réserver « une séance par semaine par priorité à l'initiative de chaque assemblée à la discussion de projets et propositions de loi, aux questions des membres du Parlement, à des débats et à des réponses du gouvernement¹ ».

Une initiative conjointe de l'Assemblée nationale et du Sénat :

Le projet initial de révision tendant à l'institution d'une session de neuf mois ne comportait pas une telle innovation,

qui fut proposée en cours de discussion par plusieurs députés de la majorité et de l'opposition de l'époque. La réponse du garde des Sceaux, Jacques Toubon, fut très gaullienne : « Oui pour qu'une journée entière par mois soit exclusivement réservée à la discussion des propositions de loi. Non pour que des propositions de loi puissent être discutées, si le gouvernement ne le souhaite pas². » Contre l'avis du président-rapporteur de la commission des lois, Pierre Mazeaud, qui souhaitait supprimer le droit de veto gouvernemental, l'Assemblée nationale vota l'amendement du groupe UDF subordonnant l'inscription à l'ordre du jour à l'accord formel du gouvernement.

Au Sénat, le président-rapporteur de la commission des lois, Jacques Larché, eut beau jeu de relever³ que « cette prétendue innovation, loin d'apporter un quelconque progrès dans les droits du Parlement, signifierait un recul par rapport à l'ordre du jour complémentaire... où aucun accord du gouvernement n'est requis ». Aussi, la commission des lois proposa-t-elle un amendement qui laissait entière la liberté de choix de chaque assemblée ; l'accord du gouvernement ne serait plus nécessaire et l'ordre du jour réservé pourrait porter sur toute affaire de la compétence de l'Assemblée (propositions de loi, mais aussi propositions de résolution européenne, révisions du règlement, création d'une commission d'enquête, débats, etc.) et pourquoi pas ? sur un projet de loi⁴.

1. Comité consultatif pour la révision de la Constitution, *Propositions pour une révision de la Constitution. Rapport au président de la République*, La Documentation française, 1993.

2. JO, Débats AN, 11 juillet 1995, p. 972. Pour le garde des Sceaux, l'ordre du jour prioritaire est l'un des « piliers » du parlementarisme rationalisé.

3. Rapport n° 392, 1994-1995, p. 88.

4. Le 21 octobre 1997, l'ordre du jour réservé a comporté un projet de loi d'application d'une convention internationale sur les régimes matrimoniaux.

Au nom de la défense de l'ordre du jour prioritaire, le gouvernement déposa un sous-amendement prévoyant l'accord préalable du gouvernement, qui fut repoussé par le Sénat⁵; c'est donc l'amendement de la commission des lois du Sénat, sous-amendé sur le plan rédactionnel, qui est devenu le texte définitif de l'article 48-3. Depuis le 1^{er} octobre 1995, une fois par mois, neuf séances par session, le Sénat est libre de déterminer son ordre du jour sans avoir à demander juridiquement l'accord du gouvernement.

Le Parlement français faisait un pas vers les autres démocraties parlementaires qui, en théorie du moins, ne connaissent pas la notion d'ordre du jour prioritaire gouvernemental. Une première brèche avait été ouverte avec l'institution d'une séance de questions d'actualité d'abord à l'Assemblée nationale (1974), puis au Sénat (1982). La « révision Séguin » a élargi le temps du questionnement : chaque assemblée peut désormais réserver plus d'une séance par semaine aux questions parlementaires, ce qui a permis à l'Assemblée nationale de programmer chaque semaine deux séances de questions d'actualité, le mardi et le mercredi, le Sénat ayant retenu un rythme bimensuel (le jeudi), en alternance avec les questions orales programmées un mardi sur deux. Depuis 1995, les temps sont rudes pour la maîtrise gouvernementale de l'ordre du jour, qui voit sa toute-puissance remise en cause. L'ordre du jour des assemblées parlementaires est en fait affecté d'une triple priorité : la priorité de principe du gouvernement, la priorité

des questions « une séance par semaine au moins », et la priorité parlementaire « une fois par mois ». La circonstance que l'ordre du jour réservé soit prévu par le dernier alinéa de l'article 48 ne le relègue pas pour autant au rang d'une catégorie résiduelle, car, une fois par mois, la priorité gouvernementale doit s'effacer devant la priorité « parlementaire ». L'article 48 de la Constitution utilise à trois reprises le terme de « priorité » : il y a au total trois ordres du jour prioritaires, celui du gouvernement (alinéa 1), celui du questionnement (alinéa 2), celui enfin de l'initiative parlementaire (alinéa 3).

Dans l'esprit de son initiateur, le président Philippe Séguin, la session de neuf mois était destinée moins à élargir les possibilités offertes à l'exécutif qu'à renforcer les droits du Parlement. À preuve, la fixation d'un plafond, certes indicatif, de 120 jours de séance ; l'autonomie de chaque assemblée est également consacrée dans la détermination des heures, des jours et des semaines de séance. La journée mensuelle participe de cette volonté plus ou moins consciente de cantonner l'ordre du jour prioritaire, de telle sorte que le « boulevard » des neuf mois de session ne vienne pas alimenter l'inflation législative d'origine gouvernementale.

Aujourd'hui, l'ordre du jour réservé représente une part non négligeable des travaux sénatoriaux : au cours de la session 2000-2001, il a représenté 54 heures sur un total de 668 heures de séance plénière, soit 8 % de l'ensemble de l'ordre du jour sénatorial, c'est-à-dire à peine

5. Voir l'intervention du garde des Sceaux, Jacques Toubon, dans le cadre de la discussion générale : « Le gouvernement à qui appartient la charge de déterminer et de conduire la politique de la Nation doit rester maître en toute circonstance de l'ordre du jour... il y va de la conception même de nos équilibres institutionnels », *JO, Débats Sénat*, 24 juillet 1995, p. 1323.

moins que le temps des questions et des débats (environ 11 % de la séance publique)⁶.

Les spécificités de la procédure sénatoriale

L'article 48-3 de la Constitution fait partie de ces dispositions du droit parlementaire constitutionnel, pour l'application desquelles chaque assemblée a retenu des modalités d'application spécifiques. Une fois de plus, l'organisation interne des travaux est dominée par le principe d'autonomie et le bicamérisme s'avère différencié. Il en est ainsi de la durée de la séance mensuelle et des règles d'inscription à l'ordre du jour.

La durée de la séance mensuelle : un jour de séance au Sénat

Dans la mise en œuvre de l'article 48-3, chaque assemblée a retenu sa propre interprétation de la notion de séance. Pour le Sénat, une séance équivaut à un jour de séance⁷ : en conséquence une séance mensuelle peut durer toute une journée, en règle générale le mardi ou le jeudi, le mercredi étant écarté du fait que le matin est consacré aux réunions des commissions.

La journée mensuelle a été sanctuarisée : la séance de la veille doit être en prin-

cipe levée au plus tard à minuit et demi, compte tenu de la règle traditionnelle des neuf heures d'interruption de séance, quitte à mettre fin à la discussion d'un texte inscrit à l'ordre du jour prioritaire, de telle façon que la journée mensuelle commence à 9 heures et demie, pour se terminer éventuellement en soirée.

Comme l'a souligné le vice-président Gérard Larcher, « il ne serait pas acceptable en effet que l'ordre du jour de notre séance empiète sur celui de la séance mensuelle réservée, qui correspond à une priorité constitutionnelle pour le Sénat⁸ ».

À l'Assemblée nationale, un jour de séance peut comporter plusieurs séances, le matin, l'après-midi et le soir. La séance mensuelle s'est trouvée, à l'origine, limitée à une fraction d'une journée de séance, actuellement en principe le mardi matin⁹, soit au maximum quatre heures de débat. Avec une séance supplémentaire le jeudi, au titre de l'ordre du jour complémentaire, l'Assemblée nationale compte dix-huit séances ou demi-journées par session, alors que le Sénat peut virtuellement consacrer à l'ordre du jour réservé neuf jours entiers de séance.

Au total, la fenêtre sénatoriale paraît moins étroite, puisqu'elle est ouverte toute une journée : à la limite, la discus-

6. Au cours de cette session, les séances mensuelles ont accueilli 8,5 % des discussions législatives et près du quart de l'ensemble des activités de contrôle du Sénat.

7. Article 32 du règlement.

8. Séance du 25 octobre 2002, *JO*, Débats Sénat, p. 6227 et 6228. L'ordre du jour réservé portait sur l'examen de la proposition de loi constitutionnelle sur la décentralisation dont le premier signataire était le président du Sénat lui-même. De même, lors de la séance du 9 décembre 1998, consacrée à la discussion du projet de loi, relatif au mode d'élection des conseils régionaux, le président Gérard Larcher a indiqué qu'il leverait la séance « au plus tard entre zéro heure vingt-cinq et zéro heure vingt-neuf » afin que la séance réservée du lendemain puisse ouvrir à neuf heures trente précises pour le débat sur l'aménagement du territoire (*JO*, Débats Sénat, p. 6227 et 6228). Le gouvernement a inscrit la suite de l'examen du projet de loi le lundi 14 décembre, au lieu et place du collectif budgétaire.

9. Article 50, alinéa 1, du règlement de l'Assemblée nationale.

sion d'un texte peut être programmée le matin, l'après-midi et, éventuellement, le soir, si la Conférence des présidents le décide. Tel n'est pas le cas à l'Assemblée nationale où l'examen d'un texte doit tenir dans un temps maximum de quatre heures de 9 heures à 13 heures¹⁰.

Pour autant, la journée mensuelle réservée ne permet que l'examen de textes d'ampleur limitée, sauf à envisager la poursuite de la discussion lors de la séance mensuelle suivante, ce qui a été décidé en octobre et novembre 1995 pour une proposition de loi relative à la responsabilité pénale des élus locaux, ou dans le cadre de l'ordre du jour prioritaire, ce qui suppose l'accord du gouvernement sur le fond du texte. Fort heureusement, s'agissant de propositions de loi, la discussion est plus rapide, puisqu'elle porte directement sur les conclusions de la commission, alors que, pour les projets de loi, les modifications de la commission se présentent sous la forme d'amendements discutés un par un.

Il est arrivé que la séance mensuelle connaisse le même encombrement que l'ordre du jour prioritaire, notamment celle du 21 novembre 2000, qui a été particulièrement chargée avec l'examen de deux propositions de loi, la création d'une commission d'enquête et la discussion de deux questions orales avec débat, cette surcharge ayant entraîné le retrait « en dernière minute » d'une proposition de loi relative au statut de l'Agence France Presse. Depuis lors, la Conférence des présidents a cherché

à rationaliser la gestion de l'ordre du jour réservé, en prévoyant, autant que faire se peut, un seul thème par demi-journée.

En revanche, si une séance « réservée » n'est pas remplie, la Conférence des présidents peut accepter que le reste de la séance repasse sous l'emprise de l'ordre du jour prioritaire : tel a été notamment le cas de la séance du 12 mars 1996¹¹ qui a vu se succéder l'ordre du jour réservé, puis l'ordre du jour prioritaire comportant l'examen d'un texte relatif à Mayotte et à Saint-Pierre-et-Miquelon. La rédaction du dernier alinéa de l'article 48 est identique à celle de l'alinéa précédent, qui réserve une séance au moins aux questions parlementaires : cette disposition n'exclut pas que d'autres points puissent être inscrits à l'ordre du jour, comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 décembre 1995¹² sur la révision du règlement du Sénat. En ce domaine, la Constitution a institué une priorité et non une exclusive, les assemblées étant libres ou non d'en user.

La gestion de l'ordre du jour réservé par la Conférence des présidents du Sénat : un copilotage par les groupes et les commissions

La Conférence des présidents intervient d'abord pour la fixation des jours de séance. Pour la session 2000-2001, la Conférence des présidents a programmé, le 27 juin 2000, les séances mensuelles du dernier trimestre 2000 et celle du 7 novembre a arrêté les dates

10. Raison pour laquelle l'Assemblée nationale a décidé de limiter la durée de la discussion générale et le temps de présentation des motions de procédures.

11. JO, Débats Sénat, p. 1119 à 1169.

12. 95-368 DC, 15 décembre 1995, Rec., p. 246.

pour le premier semestre 2001, dans le souci notamment de faciliter la tâche des commissions dans l'organisation de leurs travaux¹³. La programmation des séances mensuelles réservées est une prérogative propre de la Conférence des présidents dont les propositions sont soumises au Sénat. L'aval du ministre des Relations avec le Parlement n'est pas en droit nécessaire ; le projet de programme est néanmoins, dans un souci de courtoisie, communiqué pour information au gouvernement qui peut ainsi faire valoir ses observations sur le calendrier préconisé. En cours de session, la Conférence des présidents peut changer la date d'une séance mensuelle, à la demande le plus souvent du gouvernement lorsqu'une séance mensuelle fait obstacle à l'achèvement de la discussion d'un projet de loi. En règle générale, la Conférence des présidents a retenu la journée du jeudi, mais l'habitude a été récemment prise d'instituer une sorte d'alternance avec le mardi où les réunions des groupes politiques assurent la présence du plus grand nombre de sénateurs dans l'enceinte du Palais.

Pour la fixation de l'ordre du jour de chaque séance, les deux assemblées ont mis en place des dispositifs substantiellement différents. La Conférence des présidents de l'Assemblée nationale a décidé d'accorder une sorte de « droit de tirage » aux commissions et aux groupes politiques. En pratique, ce « droit de tirage » a été monopolisé par les groupes ; les séances mensuelles sont

donc réparties entre les groupes selon leur importance numérique, chaque groupe étant assuré d'avoir au moins une séance par session¹⁴. Les groupes disposent d'une entière liberté de choix et l'ordre du jour ainsi proposé n'est pas soumis au vote de l'assemblée.

Au Sénat, l'ordre du jour réservé, comme l'ordre du jour complémentaire ou celui des questions, demeure de la compétence exclusive de la Conférence des présidents et du Sénat : l'ordre du jour réservé est réglé par le Sénat sur la base des conclusions de la Conférence des présidents¹⁵.

Une demande d'inscription émane en principe de tout membre de la Conférence des présidents. Le président du Sénat lui-même a notamment proposé l'inscription de trois textes, la proposition de loi sur la définition des délits non intentionnels (janvier 2000), la proposition de loi constitutionnelle sur la libre administration des collectivités territoriales et ses implications fiscales et financières (octobre 2000) et la proposition de loi sur le statut de l'élu local (février 2001). La demande d'inscription est en règle générale présentée par un président de groupe, un président de commission ou le président de la Délégation pour l'Union européenne. La Conférence des présidents statue souverainement sur ces demandes d'inscription, sous la double réserve de l'équilibre des groupes politiques et du programme de travail des commissions.

13. Le souci de mieux programmer, le plus en amont possible de la séance, est l'un des objectifs centraux du passage à la « session unique ».

14. « Les principales étapes de la procédure législative », *Connaissance de l'Assemblée nationale*, n° 5, 2000.

15. Article 29, alinéa 1, du règlement. À cet égard, l'ordre du jour réservé est soumis au même statut juridique que l'ordre du jour complémentaire.

Selon le règlement du Sénat, la Conférence des présidents doit établir ses propositions « en tenant compte de l'équilibre entre tous les groupes ». Cette précision, due à l'initiative du vice-président socialiste Michel Dreyfus-Schmidt, est destinée à « assurer dans le règlement les droits de la minorité », pour reprendre les termes mêmes du rapporteur de la commission des lois, Daniel Hoeffel¹⁶.

La recherche de l'équilibre entre « tous » les groupes politiques apparaît comme un objectif à atteindre ou plutôt comme une directive adressée à la Conférence des présidents, qui, faute d'un droit de tirage automatique accordé à chaque groupe en fonction de ses effectifs, n'a pas la tâche facile. Comme la Conférence des présidents, puis le Sénat statuent sur les demandes d'inscription, la majorité sénatoriale peut difficilement décider l'inscription à l'ordre du jour d'un texte qu'elle désapprouve. Dans ces conditions, l'équilibre entre les groupes ne peut être atteint ou approché que si les demandes de l'opposition portent sur des textes acceptables par la majorité sénatoriale ou sur des débats qui ne débouchent sur aucun vote en séance publique. Chaque système a ses avantages et ses inconvénients. À l'Assemblée, les groupes de l'opposition décident librement du texte qu'ils souhaitent voir examiner en séance publique, mais, dans de nombreux cas, la majorité refusera de passer à la discussion des articles, ce qui équivaut à un rejet. Au Sénat, l'opposition ne peut passer outre au veto de la Conférence des présidents, mais

lorsqu'elle obtient l'inscription du texte, elle est à peu près assurée d'un vote favorable en séance publique, qui ouvre la voie à une navette et offrait la perspective d'une adoption par la majorité plurielle de l'Assemblée.

Au Sénat, l'équilibre peut s'apprécier ou se vérifier différemment selon que l'on prend en compte les seules propositions de loi ou l'ensemble des points d'ordre du jour ; il se déplace vers la gauche si le calcul se limite aux seules lois adoptées définitivement grâce à l'appui du gouvernement et de la majorité de l'époque. À vrai dire, au sein de la Conférence des présidents, la recherche du consensus le plus large, à l'initiative notamment du président du Sénat, peut l'emporter sur toute autre considération, si bien que la gestion de l'ordre du jour réservé échappe à l'arithmétique pure, au point de transcender les clivages traditionnels entre majorité et opposition.

L'équilibre parfait entre la majorité et l'opposition est d'autant plus difficile à atteindre que la Conférence doit consulter la commission sur l'état d'avancement de sa réflexion sur la proposition de loi en cause car, aux termes de l'article 31 du règlement, une proposition de loi, hormis le cas d'une discussion immédiate, ne peut être inscrite à l'ordre du jour réservé ou à l'ordre du jour complémentaire qu'à une date postérieure à la distribution ou à la publication du rapport, ce qui signifie que la commission doit accepter de rapporter le texte, c'est-à-dire de soumettre au Sénat des conclusions positives ou négatives¹⁷. En pratique, il est quasiment impossible

16. Rapport n° 75 (1995-1996).

17. La commission des lois a proposé des conclusions négatives à deux reprises, en 1995 sur une proposition de loi autorisant l'accès direct à leur dossier des personnes mises en examen et en 2002 sur une proposition de loi rendant imprescriptibles les crimes de terrorisme.

d'inscrire une proposition de loi sans l'avis conforme d'une commission qui peut toujours mettre en avant les difficultés d'ordre technique soulevées par le texte en question ou son ordre du jour surchargé. Les commissions constituent un rouage essentiel de la procédure législative dans la gestion de l'ordre du jour prioritaire, *a fortiori* en est-il ainsi pour l'ordre du jour réservé.

166

Pour surmonter le veto de la Conférence des présidents, un groupe de l'opposition ou même de la majorité sénatoriale peut avoir recours à une procédure sans équivalent à l'Assemblée nationale, à savoir la demande de discussion immédiate d'une proposition de loi (article 30 du règlement). Si la demande de l'auteur de la proposition de loi n'a pas l'aval de la commission compétente, cette demande n'est communiquée au Sénat que si elle est signée par trente membres au moins dont la présence est constatée par appel nominal. Le Sénat statue alors sur la demande à la suite de l'ordre du jour prioritaire et si le vote est positif, le Sénat délibère immédiatement sur la proposition de loi, sans même que la commission ait à déposer un rapport. C'est cette procédure exceptionnelle qui a été utilisée pour parvenir à l'adoption de la proposition de loi tendant à la « reconnaissance publique du génocide arménien ». Par deux fois, les 24 mars 1999 et 22 février 2000, la Conférence des présidents avait refusé d'inscrire, à l'ordre du jour réservé ou complémentaire du Sénat, une proposition de loi sur la reconnaissance du génocide arménien, adoptée par l'Assemblée nationale à l'unanimité, tout comme le gouvernement avait

écarté l'éventualité d'une inscription à l'ordre du jour prioritaire.

Après avoir rejeté, le 21 mars 2000, une demande de discussion immédiate du texte de l'Assemblée nationale, le Sénat a accepté de discuter « immédiatement » le mardi 7 novembre d'une proposition présentée par le vice-président du Sénat, Jean-Claude Gaudin (RI), et cosignée par un sénateur de chaque groupe : à 5 h 25 du matin, le Sénat a adopté cette proposition de loi par 164 voix contre 40. Utilisant son droit de tirage, le groupe UDF de l'Assemblée nationale demanda l'inscription à l'ordre du jour du 18 janvier 2001 de la proposition sénatoriale qui fut définitivement adoptée par l'Assemblée nationale.

Mais si l'on met à part cet exemple et celui de la proposition de loi constitutionnelle tendant à conférer aux étrangers non ressortissants de l'Union européenne un droit de vote aux élections municipales, la Conférence des présidents n'a jamais opposé de refus définitif ; elle dispose néanmoins d'un pouvoir de filtrage ou du moins d'arbitrage entre les différentes demandes d'inscription qui lui sont présentées. Pour leur part, les présidents de groupe peuvent jouer un rôle décisif d'impulsion ; il y a donc un « copilotage de l'ordre du jour réservé par les commissions et les groupes¹⁸ ».

En droit, le gouvernement n'a pas à interférer dans les choix de la Conférence des présidents, mais, sauf le cas d'une demande impromptue, des contacts informels sont pris en amont avec le cabinet du ministre des Relations avec le Parlement pour s'assurer de la présence d'un ministre au banc du gou-

18. Jean-Louis Hérin, *Le Sénat en devenir*, Montchrestien, « Clefs Politique », 2001, p. 75.

vernement. Pour la discussion d'une proposition de loi, le ministre compétent peut se faire remplacer par un ministre délégué ou par un secrétaire d'État; en revanche, la présence du ministre interpellé est incontournable pour la réponse à une question orale avec débat. C'est ainsi que la question orale avec débat de Mme Danielle Bidard-Reydet (CRC) sur la situation au Proche-Orient fut retirée de l'ordre du jour de la séance du mois de juin 2001, en raison de l'indisponibilité du ministre des Affaires étrangères. La fixation de l'ordre du jour réservé ne peut donc faire totalement abstraction du rôle central du gouvernement dans le débat parlementaire et un accord est toujours privilégié en Conférence des présidents.

Il faut rappeler que la modification de l'ordre du jour réservé relève de la compétence du Sénat, parallélisme des procédures oblige; toutefois, le vote du Sénat ne peut intervenir que « sur l'initiative d'une commission ou de trente sénateurs dont la présence doit être constatée par appel nominal » (article 29, alinéa 5, du règlement du Sénat). Autrement dit, un président de groupe et encore moins le gouvernement ne peuvent prendre en droit l'initiative d'une demande de modification de l'ordre du jour réservé.

L'ORDRE DU JOUR RÉSERVÉ : UN RÉVÉLATEUR DES PRIORITÉS SÉNATORIALES

Contrairement au premier alinéa de l'article 48 de la Constitution qui, pour la définition de l'ordre du jour priori-

taire, fait référence à la « discussion des projets de loi déposés par le gouvernement et des propositions acceptées par lui », le dernier alinéa de l'article 48 ne donne aucune précision sur le contenu de l'ordre du jour réservé qui peut donc comporter des travaux législatifs ou des travaux de contrôle entendus au sens large.

La diversification des points inscrits à l'ordre du jour réservé : un ordre du jour protéiforme

À la différence de l'Assemblée nationale qui, depuis 1995, n'a examiné, dans le cadre de l'ordre du jour réservé, que des propositions de loi, à quatre exceptions près¹⁹, le Sénat a cherché à maintenir une certaine balance, un relatif équilibre entre les deux missions traditionnelles d'une assemblée parlementaire, la fonction législative et celle de contrôle, prise au sens large.

En règle générale, les discussions législatives l'ont emporté sur les travaux de contrôle, sauf pendant la session 1998-1999.

Il faut le noter : la séance de mars 2001 a porté exclusivement sur des travaux de contrôle (une proposition de résolution européenne sur Eurojust, deux questions orales européennes et une question orale « classique » sur la politique énergétique de la France).

La part accordée au contrôle s'explique d'abord par la volonté du Sénat de développer une fonction qui constitue, avec le vote de la loi, l'un des deux piliers de l'activité parlementaire; pour le président du Sénat, Christian Poncelet, le contrôle doit devenir la

19. Deux débats et deux propositions de résolution tendant à créer une commission d'enquête.

	<i>Session ordinaire 1995-1996</i>	<i>Session ordinaire 1996-1997</i>	<i>Session ordinaire 1997-1998</i>	<i>Session ordinaire 1998-1999</i>	<i>Session ordinaire 1999-2000</i>	<i>Session ordinaire 2000-2001</i>
Séances mensuelles	9	6	9	9	9	9
Heures de débat	39 h 55	27 h 35	43 h 30	46 h 10	57 h 40	54 h 00
– dont discussion législative	34 h 15	17 h 55	29 h 25	20 h 10	44 h 50	36 h 35
– dont travaux de contrôle	5 h 40	9 h 40	14 h 05	26 h 00	12 h 50	17 h 25

Source : Service de la Séance du Sénat.

« seconde nature du Sénat » (discours du 7 octobre 1998).

168

Le contexte politique peut fournir une autre explication, dans la mesure où la majorité sénatoriale paraissait moins bien placée que la majorité plurielle de l'Assemblée nationale pour négocier avec le gouvernement l'inscription de questions orales ou de propositions de résolution à l'ordre du jour prioritaire. Ainsi, la séance du 23 novembre 1999 a permis de « nicher » une déclaration du gouvernement, suivie d'un débat, sur la Conférence ministérielle de l'Organisation mondiale du commerce à Seattle.

S'agissant d'une déclaration gouvernementale, elle aurait trouvé plus naturellement sa place dans l'ordre du jour prioritaire. D'une manière plus générale, l'inscription régulière de débats à l'ordre du jour réservé peut s'apparenter à une dérive qui procède d'une confusion entre les alinéas 2 et 3 de l'article 48 : le temps du questionnement est une priorité en soi, qui s'impose au gouvernement et le report d'une question orale avec débat sur l'ordre du jour réservé n'est qu'un pis-aller auquel on peut se résoudre dans les cas où une

journée mensuelle n'est pas remplie par l'examen de propositions de loi, comme cela peut arriver.

Mais la *summa divisio* entre le vote de la loi et le contrôle du gouvernement ne saurait, à elle seule, rendre compte de l'interactivité des initiatives sénatoriales²⁰. Ainsi, les conclusions de la commission d'enquête sur l'état des établissements pénitentiaires ont eu un double écho dans le cadre de l'ordre du jour réservé : une question orale avec débat, en novembre 2000, qui a permis d'interroger la ministre de la Justice sur les suites à donner à la réflexion sénatoriale ; une proposition de loi, discutée en avril 2001, instituant notamment un contrôleur général des prisons. L'ordre du jour réservé permet le déploiement du triptyque sénatorial : réflexion en commission, questionnement du gouvernement et révision de la loi.

Au total, le Sénat est parvenu à une profonde diversification de l'ordre du jour réservé qui est véritablement protéiforme.

Le tableau de la page 169 appelle un double commentaire :

– Les discussions législatives représen-

20. Jean-Louis Héryn, *op. cit.*, p. 61.

<i>Session</i>	<i>Propositions de loi²¹ (dont propositions AN)</i>	<i>Résolutions européennes</i>	<i>Questions européennes</i>	<i>Questions orales avec débat</i>	<i>Résolutions commission d'enquête</i>	<i>Débats</i>	<i>Résolutions sur Règlement du Sénat</i>
1995-1996	21 (8)	3					
1996-1997	12 (5)		1	3			
1997-1998	28 (4)	2	1	1	3		
1998-1999	17 (1)	2	2	3		2	1
1999-2000	30 (1)		1	3	2	1	
2000-2001	24 (1)	2	3	3	1		
2001-2002	9 (1)		1	4	1		
Total	141 (21)	9	9	17	7	3	1

Source : Service de la Séance du Sénat.

169

tent le « plat de résistance » de l'ordre du jour réservé : 111 textes en sept ans, soit une moyenne de 16 textes par session, en première ou en deuxième lecture, si l'on tient compte du fait que la session 2001-2002 n'a vu la tenue que de 5 séances mensuelles réservées.

– L'ordre du jour réservé n'est pas strictement sénatorial puisque le Sénat a accepté d'y inscrire 21 textes émanant de l'Assemblée nationale, la plupart de ces textes ayant été adoptés sous la dixième législature, c'est-à-dire avant juin 1997, à une époque où les deux majorités au palais Bourbon et au palais du Luxembourg coïncidaient.

La typologie des initiatives sénatoriales

À première vue, l'énumération des affaires inscrites à l'ordre du jour réservé du Sénat ressemble à un inventaire « à la Prévert » qui va de la prise en compte des lésions auditives provoquées par les

« baladeurs » à la lutte contre les termites, en passant par la restitution à l'Afrique du Sud des restes de la « Vénus Hottentote ».

Si l'on va plus loin dans l'analyse des thèmes retenus par le Sénat, l'ordre du jour réservé finit peu ou prou par refléter ou révéler par certains aspects les principales priorités du Sénat : l'ordre du jour réservé apparaît comme un prisme qui renvoie l'image, le spectre des préoccupations sénatoriales.

Au sommet de la hiérarchie des priorités sénatoriales, on peut trouver quasiment à égalité :

– la décentralisation (18 textes législatifs dont une proposition de loi constitutionnelle sur l'autonomie financière des collectivités locales) ;

– l'Europe (4 textes législatifs dont une proposition de loi constitutionnelle, 9 questions orales européennes et 9 résolutions de loi européennes).

Viennent ensuite les questions concer-

21. Ce total comprend l'ensemble des propositions examinées au cours de la session, y compris les textes examinés en deuxième lecture ; lorsque plusieurs propositions font l'objet d'un rapport commun en première lecture, chacune d'entre elles est recensée.

nant la justice en général, plus d'une quinzaine de textes dont le bracelet électronique, la réforme des prisons, la coopération avec la Cour pénale internationale ou l'institution d'une journée pour l'abolition universelle de la peine de mort, deux questions orales avec débat, notamment sur les moyens de la justice²².

Les textes de droit social figurent en bonne place (réduction de la durée du travail, revenu minimum d'activité...), sans oublier un débat sur l'application des 35 heures dans les trois fonctions publiques.

170

Au-delà de ces grandes rubriques, on peut recenser une série de textes destinés à répondre aux « préoccupations quotidiennes » des Français, qui, en pratique, ont leur importance : la réforme de la prestation compensatoire en matière de divorce, la lutte contre les termites (qui peut faire sourire, sauf ceux qui sont victimes de cette invasion), la prévention et la répression du phénomène sectaire (contrôle de l'obligation scolaire, renforcement du dispositif pénal), la réparation des dommages liés à l'exploitation minière, les effondrements des cavités souterraines et des marnières ; autant de « petits » dossiers, longtemps restés en souffrance dans les administrations ministérielles, mais que les personnes intéressées souhaitaient voir aboutir dans les meilleurs délais.

L'ORDRE DU JOUR RÉSERVÉ : UN TREMPLIN POUR LES INITIATIVES LÉGISLATIVES DU SÉNAT

Contrairement à une opinion trop souvent répandue, le Sénat ne se cantonne pas dans un rôle de modérateur ou de temporisateur : il peut également prendre l'initiative, comme l'Assemblée nationale, de réformes, au risque parfois de bousculer, voire de bouleverser l'échéancier gouvernemental.

L'ordre du jour réservé permet la prise en compte des propositions de loi sénatoriales vers leur adoption définitive, à la condition toutefois que le gouvernement ne leur oppose pas les armes du parlementarisme rationalisé.

Le parlementarisme rationalisé : une menace contre cette nouvelle liberté parlementaire

Pour Jean-Éric Gicquel²³, « il apparaît clairement que, depuis octobre 1995, un espace réel de liberté a été exploité pleinement par les deux assemblées ». Pour autant, la liberté, recouvrée une fois par mois, est en réalité une liberté surveillée, encadrée par le gouvernement qui peut recourir aux armes du parlementarisme rationalisé. Certes, l'exception d'irrecevabilité tirée de l'article 41 de la Constitution sur la protection du domaine réglementaire, tombée en désuétude pour l'ordre du jour prioritaire, n'a jamais été invoquée formellement à l'encontre d'une proposition de loi inscrite à l'ordre du jour réservé : elle

22. La commission des lois est souvent apparue comme la plus grande pourvoyeuse de l'ordre du jour réservé. Ainsi, tous les sujets législatifs de la séance du 12 février 2002 intéressaient cette commission.

23. « L'ordre du jour réservé aux assemblées parlementaires », *Les Petites Affiches*, juillet 1997.

aurait pu l'être, elle ne l'a jamais été, sans doute, pour des raisons d'ordre politique²⁴. Au contraire, l'article 40 de la Constitution a été invoqué à cinq reprises depuis 1995, ce qui est, somme toute, assez peu fréquent. Ainsi, l'irrecevabilité financière a permis de faire « tomber » dix articles d'une proposition de loi sur la famille (15 juin 1999) et l'ensemble d'une proposition de loi prévoyant une retraite anticipée au bénéfice des anciens combattants d'Afrique du Nord chômeurs en fin de droit²⁵.

Dans la panoplie du parlementarisme rationalisé, il existe une menace encore plus dangereuse pour l'initiative parlementaire, à savoir le vote unique de l'article 44, troisième alinéa, de la Constitution, comme le montre le précédent de la deuxième lecture de la proposition de loi « Fauchon²⁶ » sur la nouvelle définition des délits non intentionnels (séance du 15 juin 2000).

La commission des lois avait préconisé l'adoption conforme du texte et, partant, le rejet de trois amendements du gouvernement, destinés à préserver la situation des victimes. Pour empêcher ce vote définitif, Élisabeth Guigou, alors ministre de la Justice et garde des Sceaux, décida de demander un vote unique sur l'ensemble de la proposition de loi telle que modifiée par les trois amendements du gouvernement. La majorité sénatoriale était placée face à une alternative

inattendue : soit rejeter l'ensemble, soit émettre un vote positif ; dans les deux cas, la navette se poursuivait et le gouvernement pouvait obtenir gain de cause. Pour sortir de ce fâcheux dilemme, le Sénat décida, sur la proposition du président de sa commission des lois, le retrait de cette proposition de loi de l'ordre du jour réservé²⁷. Le texte fut réinscrit à l'ordre du jour prioritaire de la séance du 28 juin 2000, au cours de laquelle un compromis fut trouvé, ce qui permit au gouvernement de retirer sa demande de vote unique et le texte fut définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 29 juin 2000, dernier jour de la session ordinaire. C'était la première fois depuis 1995 que le gouvernement utilisait la procédure du « vote bloqué », en dehors du cas habituel de la seconde délibération du projet de loi de finances de l'année. Cette « manœuvre procédurière²⁸ » était sortie des vieux cartons du parlementarisme rationalisé pour empêcher le vote définitif d'une proposition de loi sénatoriale inscrite, ce qui était le comble, à l'ordre du jour réservé au Sénat. Certes, la ministre de la Justice avait beau jeu de rappeler que la révision de 1995 n'avait pas rendu formellement caduques les dispositions sur le vote bloqué. Il reste que cette procédure exorbitante du droit commun ne se situe pas dans la nouvelle logique du dernier alinéa de l'article 48 de la Constitution :

171

24. Lors de l'examen de la proposition de loi tendant au transfert en Afrique du Sud des restes de la « Vénus Hottentote », le 29 janvier 2002, le ministre de la Recherche a estimé le texte « inutile sur le strict plan juridique », mais « politiquement et moralement indispensable » (*JO*, Débats Sénat, p. 744).

25. Il s'agissait d'une proposition présentée par le groupe CRC et rapportée par un sénateur de ce groupe (séance mensuelle du 29 juin 1998).

26. Du nom de l'auteur de cette initiative, sénateur du Loir-et-Cher et vice-président de la commission des lois du Sénat.

27. *JO*, Débats Sénat, p. 4095-4125.

28. Communiqué à la presse de la présidence du Sénat en date du 15 juin 2000.

une fois par mois, le Sénat peut délibérer sur les sujets de son choix et il devrait pouvoir déterminer en toute liberté le texte sur lequel il souhaite se prononcer. À la limite, le recours au vote unique lors de la première lecture tuerait dans l'œuf l'initiative parlementaire dans la mesure où le gouvernement pourrait par ce moyen contraindre le Sénat, dès la première lecture, soit à adopter contre son gré les modifications proposées par le gouvernement, soit à rejeter l'ensemble, ce qui mettrait un terme à la navette. Le gouvernement aurait ainsi un « droit de veto » sur le contenu de la « niche » ou de la « fenêtre ».

Autrement dit, le constituant de 1995 n'est pas allé jusqu'au bout de sa démarche de liberté, dans le sens d'une « sanctuarisation » de la séance mensuelle réservée, qui serait ainsi soumise à un régime juridique spécifique, distinct de celui de l'ordre du jour prioritaire.

À propos de la mise en œuvre de l'article 40 de la Constitution, l'Assemblée nationale s'est engagée dans le sens d'un assouplissement de la procédure de droit commun : pour permettre à la discussion générale d'avoir lieu et à chaque parlementaire concerné de s'exprimer, il a été décidé d'un commun accord que cette exception qui, en règle générale, peut être soulevée à tout instant, ne pourrait l'être pour l'ordre du jour réservé qu'à la fin de la discussion générale.

Pour le vote bloqué, il pourrait être envisagé de définir une convention constitutionnelle²⁹ par laquelle le gou-

vernement renoncerait à cette prérogative dans le cadre de l'ordre du jour réservé et peut-être aussi de l'ordre du jour complémentaire. Loin d'être une convention *contra legem*, de nature à remettre en cause l'esprit du parlementarisme rationalisé, cette nouvelle interprétation combinée de l'article 44, deuxième alinéa, et de l'article 48, dernier alinéa, de la Constitution, procèderait du simple constat que le vote bloqué n'est pas compatible avec la philosophie de l'ordre du jour réservé.

La relance de l'initiative législative... grâce au bon vouloir du gouvernement

Si l'on s'en tient à une approche purement statistique, le bilan législatif de l'article 48-3 paraît incontestablement positif, puisque l'ordre du jour réservé a contribué à une nette relance de l'initiative sénatoriale. Avant 1995, sur la centaine de propositions déposées chaque année par les sénateurs, bien peu avaient le privilège d'accéder à la séance publique, sauf à être transformées en articles additionnels insérés dans des projets de loi et hormis le cas, somme toute exceptionnel, d'une inscription à l'ordre du jour prioritaire. Ainsi, entre 1993 et 1995, aucune proposition de loi n'avait été inscrite à l'ordre du jour complémentaire. Avec l'ordre du jour réservé, un peu plus du cinquième des propositions déposées est examiné en séance publique, plusieurs propositions de loi pouvant faire l'objet d'un rapport commun débouchant sur l'adoption d'un texte.

29. « Les conventions de la Constitution sont des règles qui déterminent la manière dont les pouvoirs légaux sont exercés. Plus précisément, elles limitent l'élément discrétionnaire que comportent ces pouvoirs, en vue d'en régulariser l'exercice conformément à ce que les acteurs considèrent comme une application légitime », Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 1996, p. 23.

Au cours de la session 2000-2001, le Sénat a pu examiner 23 propositions de loi : dans son discours de fin de session (20 juin 2001), le président Poncelet y a vu la confirmation que le Sénat « entend jouer pleinement son rôle d'incubateur ou d'accélérateur de réformes sur certains thèmes comme le statut de l'élu, les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires ou l'indemnisation de l'aléa médical ». Les rôles sont inversés : le Sénat prend de vitesse les ministères, bouscule le programme de travail ministériel et c'est en définitive le gouvernement qui demande le temps de la réflexion et renvoie la solution du problème à un projet de loi d'ensemble à venir. Avec l'ordre du jour réservé, le Sénat peut prendre l'initiative et imposer son rythme au gouvernement : à ce titre, l'ordre du jour réservé peut jouer le rôle d'accélérateur des réformes que les bureaux sont supposés freiner, comme ce fut le cas pour la réforme du droit de la famille.

Mais la discussion d'une proposition de loi en première lecture n'est que la première étape d'un long parcours législatif. Dès le mois d'octobre 1995, le président de l'Assemblée nationale, Philippe Séguin, exprima auprès du Premier ministre, Alain Juppé, le souhait que les propositions de loi examinées par une assemblée soient inscrites par le gouvernement à l'ordre du jour prioritaire de l'autre assemblée, sans s'imputer sur les séances mensuelles. En réponse, le Premier ministre avait mis en avant l'absence de « règle préétablie », dans la mesure où le gouvernement avait le libre

choix des textes inscrits à l'ordre du jour prioritaire, l'Assemblée saisie pouvant inscrire les propositions de loi non retenues à l'ordre du jour complémentaire ou réservé. Au vu de ce courrier quelque peu dilatoire, les deux présidents convinrent de la nécessité pour chaque assemblée de donner une suite, favorable ou non, aux initiatives de l'autre assemblée, de telle sorte que le dialogue bicaméral puisse se poursuivre normalement dans le cadre de la navette. Cet engagement réciproque fut formalisé par deux lettres, la première en date du 6 décembre 1995 du président René Monory, la seconde, en date du 26 janvier 1996, du président Philippe Séguin. La bonne fin de cet accord supposait la réunion de deux conditions : la première que les commissions permanentes acceptent de rapporter les propositions de loi de l'autre assemblée dans les meilleurs délais, la seconde que le gouvernement laisse un espace suffisant pour l'inscription de ces textes à l'ordre du jour complémentaire.

Avec la victoire de la gauche aux élections législatives de juin 1997, les données du problème changent : les divergences politiques entre les deux assemblées provoquent un allongement significatif de la liste des propositions de loi en instance ou en sommeil à l'Assemblée nationale. Une proposition de loi ayant recueilli un avis défavorable du gouvernement a peu de chances d'être reprise par l'Assemblée nationale, sauf si un groupe d'opposition exerce son droit de tirage pour l'examen d'un texte sénatorial, comme cela a été le cas pour l'élection des délégués aux communautés de communes³⁰.

173

30. Depuis 1995, 6 propositions de loi sénatoriales ont été inscrites à l'ordre du jour réservé de l'Assemblée nationale ; le Sénat a manifesté un plus grand esprit bicaméral en inscrivant à son ordre du jour réservé 21 propositions de loi de l'Assemblée nationale.

Une proposition sénatoriale peut, en revanche, prospérer jusqu'à son adoption définitive, si le gouvernement en accepte l'économie générale et l'inscrit à l'ordre du jour prioritaire de l'Assemblée nationale. Comme le ministre des Relations avec le Parlement, Daniel Vaillant, l'a souligné lors d'une conférence de presse, le 30 juin 2000 : « C'est... en les inscrivant à l'ordre du jour prioritaire et en poursuivant les navettes que le gouvernement garantit l'aboutissement des initiatives parlementaires. » Quel paradoxe ! C'est le gouvernement qui assure le succès de l'ordre du jour réservé. Dans son discours-bilan de la onzième législature, le successeur de Daniel Vaillant, Jean-Jack Queyranne, a été encore plus explicite : « Encore faut-il en général, pour qu'une proposition de loi débattue en première lecture franchisse avec succès toutes les étapes de la procédure parlementaire, qu'elle reçoive le soutien du gouvernement qui l'inscrit à l'ordre du jour prioritaire. Cette volonté, le gouvernement l'a eue. À dix reprises, il a même déclaré l'urgence pour permettre à ces propositions de loi d'être votées dans les meilleurs délais. » Point n'est besoin de marquer qu'aucune des propositions de loi sénatoriales n'a « bénéficié » du coup d'accélérateur de la déclaration d'urgence.

Les différents ministres des Relations avec le Parlement qui se sont succédé

depuis 1995 ont toujours affiché leur volonté de favoriser l'initiative parlementaire, chaque fois que cela était politiquement possible³¹.

Force est de constater que l'article 48-3 a été l'une des causes principales de l'augmentation du nombre des lois d'initiative sénatoriale : sur les 38 lois d'initiative sénatoriale, promulguées entre 1995 et 2000, 33 ont commencé leur vie dans le berceau de l'ordre du jour réservé ; plus d'une loi sur dix, hors les conventions internationales, est d'origine sénatoriale³², ce qui donne une plus grande effectivité à l'article 39 de la Constitution : « l'initiative de la loi appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement ». En contrepoint, il ne faut pas oublier le nombre important des textes restés en instance sur le bureau de l'Assemblée nationale ; mais certains d'entre eux ont été intégrés sous forme d'amendements dans d'autres lois ; à titre d'exemple, la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité a repris trois propositions de loi adoptées dans le cadre de l'ordre du jour réservé sur les frais de secours en montagne, les recours contre les décisions des architectes des Bâtiments de France et sur les cavités souterraines et marnières, ainsi que plusieurs dispositions d'une proposition de loi tendant à améliorer le statut de l'élu local. Le droit d'amendement n'est plus le vecteur quasi exclusif de l'action légis-

31. *JO*, Questions AN, 18 février 2002, p. 996 : le ministre des Relations avec le parlement évoque « la volonté sans faille du gouvernement de favoriser l'initiative parlementaire » : sur les 70 propositions de loi adoptées définitivement entre juin 1997 et décembre 2001, 25 émanent d'un parlementaire de l'opposition.

32. Pour la période de 1959 à 1992, les « lois sénatoriales » au nombre de 103 ont représenté 3,1 % de l'ensemble des 3 261 textes adoptés, *JO*, Questions Sénat, 9 décembre 1993, p. 2362. En 1993 et 1994, on peut trouver 6 et 3 propositions sénatoriales, aucune en 1995 ; l'ordre du jour réservé a donc entraîné un triplement de l'initiative sénatoriale.

lative du Sénat : le dernier alinéa de l'article 48 de la Constitution a opéré un certain rééquilibrage au profit du droit d'initiative proprement dit.

À l'évidence, le rendez-vous mensuel de l'ordre du jour réservé a apporté une contribution essentielle à la revalorisation du travail parlementaire, véritable vague de fond depuis les années quatre-vingt-dix. L'ordre du jour réservé a désormais droit de cité dans l'activité parlementaire ; il constitue une priorité constitutionnelle, à la différence de l'ordre du jour complémentaire qui, par définition, vient en complément de l'ordre du jour prioritaire. Le nouvel espace de liberté est res-

senti comme un acquis de l'autonomie sénatoriale, auquel les sénateurs sont très attachés. La preuve en est que le Sénat a voté en juin 2001 une proposition de révision constitutionnelle tendant à prévoir une seconde séance mensuelle réservée, destinée à la transposition des textes européens et à l'autorisation de ratification des conventions internationales. Mais l'ordre du jour réservé ne doit pas être regardé comme un simple remède à l'encombrement de l'ordre du jour prioritaire législatif ; il est par essence le moment privilégié des expressions sénatoriales dans l'élaboration de la loi comme dans les activités de contrôle et de prospective. Avec l'ordre du jour réservé, le Sénat fait ce qu'il veut... ou presque.

PIERRE ASTIÉ,
DOMINIQUE BREILLAT,
CÉLINE HISCOCK-LAGEOT*

REPÈRES ÉTRANGERS

(1^{er} OCTOBRE – 31 DÉCEMBRE 2002)

ALLEMAGNE

16 et 22 octobre 2002. **Gouvernement.** Moins d'un mois après sa victoire de justesse aux élections législatives (cf. *RE*, 104), Gerhard Schröder forme son nouveau gouvernement avec, à nouveau, les Verts comme partenaires. Neuf ministres sur quatorze sont reconduits dont dix pour le SPD ; trois superministères sont créés : le ministère de l'Économie et du Travail fusionné sous l'autorité de Wolfgang Clement, 62 ans, ministre-président de Rhénanie du Nord-Westphalie, le ministère de la Santé avec en plus la Sécurité sociale impliquant notamment les retraites, qui est dirigé par Ulla Schmidt, SPD et enfin les Transports et le Logement élargi à la Reconstruction de l'Est. Ce dernier ministère est confié à Manfred Stolpe, 66 ans, ancien ministre-président du Brandebourg.

Les Verts conservent les mêmes ministères que dans le précédent gouvernement : Affaires étrangères (Joseph dit Joschka Fischer), l'Environnement, Protection de la nature et Sûreté nucléaire

(Jürgen Trittin) et la Consommation, l'Alimentation et l'Agriculture (Renate Künast). C'est le gouvernement le plus restreint depuis cinquante ans. Il comprend 14 membres dont 6 femmes.

Gerhard Schröder prête serment le 22 octobre (*Le Figaro*, 17 octobre 2002 ; *Libération*, 14 et 16 octobre 2002 ; *Le Monde*, 26 septembre, 1^{er}, 2, 11, 15, 17 au 19, 24 et 31 octobre 2002).

17 octobre 2002. **Bundestag.** Le Bundestag tient sa première réunion depuis les élections législatives. Les effectifs ont été réduits de 666 à 603. Ce n'est plus la chambre démocratique la plus importante. Désormais c'est la Chambre des Communes (659) et la Chambre italienne (630). Wolfgang Thierse, SPD, est réélu président. Un tiers des députés est nouveau (40 % chez les Verts). L'âge moyen est de 49,3 ans, le groupe Vert étant le plus jeune (45 ans). La représentation se féminise (196 femmes) passant de 30 % à 32,5 %, cette proportion atteignant 58,2 % chez les Verts (*Deutschland*, décembre 2002).

177

* Université de Poitiers – UMR 6567 CECOJI.

BRÉSIL

6 et 27 octobre 2002. **Élections présidentielles et législatives.** Pour la première fois de l'histoire du Brésil, la gauche accède à la présidence. Le candidat du Parti des travailleurs, Luis Inacio Lula da Silva, 57 ans, ancien ouvrier métallurgiste, ancien syndicaliste révolutionnaire, candidat pour la quatrième fois, manque de peu l'élection au premier tour et l'emporte largement au second avec 52 793 364 voix (61,3 %), devançant de plus de 20 millions de voix le sénateur José Serra, 60 ans, soutenu par les milieux d'affaires, candidat du Parti de la social-démocratie brésilienne et successeur désigné du président sortant Fernando Henrique Cardoso (33 370 739 voix, soit 38,73 %) (cf. *RE*, 88). Au premier tour, le nouveau président avait devancé largement les autres candidats, obtenant 39 454 692 voix (46,44 %) contre 19 705 061 (23,20 %) à José Serra, 15 179 879 (17,87 %) à Anthony Garotinho, Parti socialiste brésilien, pasteur évangéliste, 10 170 666 (12,19 %) à Ciro Gomes, Coalition du Front travailliste, ancien ministre de l'Économie, ex-PSDB, 402 232 (0,47 %) à Zé Maria, PSTU, et 38 619 (0,05 %) à Rui Costa Pimenta (PICO). La participation a été de 82,2 %.

Le président Lula da Silva sera cependant contraint à une cohabitation. Il n'a que 180 députés sur 513 et 30 sénateurs sur 81 pour le soutenir.

Sans doute, en remportant 91 des 513 sièges de la Chambre fédérale des députés, le Parti des travailleurs, avec un gain de 33 sièges, devient le premier groupe parlementaire (au Sénat, avec 14 sièges sur 81, il n'est que la troisième force). Ces élections ont été marquées par un recul des quatre formations de

droite et du centre qui composaient la majorité présidentielle, notamment du Parti de la social-démocratie brésilienne de José Serra, ancien ministre de la Santé, qui passe de 94 à 71 élus. Il est devancé par le Parti du Front libéral (PFL) (84 élus) et le Parti du mouvement démocratique du Brésil (PMDB) (74 élus). Le spectre politique est très éclaté, 15 autres partis ayant une représentation à la Chambre.

Le président élu, avant d'entrer en fonction le 1^{er} janvier, constitue son nouveau gouvernement, dominé par son parti qui détient 14 ministres sur 26. Les représentants des petits partis qui ont contribué à sa victoire en obtiennent 7 (Parti socialiste brésilien, gauche populaire; Parti communiste du Brésil, maoïste; Parti travailliste brésilien, centre gauche; Parti démocratique travailliste, gauche populiste). Les cinq autres sont attribués à des personnalités du monde des affaires et de la diplomatie, sans affiliation politique. 4 femmes entrent au gouvernement (*Le Figaro*, 4 au 8, 28 et 29 octobre 2002; *Le Monde*, 6-7 au 9, 11, 25 au 31 octobre, 25 décembre 2002 et 3 janvier 2003; *Courrier International*, 3, 17 et 31 octobre 2002; www.camara.gov.br).

CHINE

8-14 novembre 2002. **Parti communiste.** Les 2 120 délégués du XVI^e Congrès du Parti communiste chinois ont procédé à une transition douce à la tête du pouvoir en Chine. Jiang Zemin, 76 ans, secrétaire général du PCC depuis le 24 juin 1989, mais aussi chef de l'État depuis le 27 mars 1993, a cédé ses fonctions officielles à Hu Jintao, 59 ans, vice-président de la République, ingénieur, ancien dirigeant

du Parti au Tibet de 1988 à 1992 tout en conservant la présidence de la puissante commission militaire, ce qui est peut-être un faux départ. Hu Jintao deviendra président de la République en mars 2003.

Wen Jiabao, vice-premier ministre, devrait devenir Premier ministre en mars 2003, succédant à Zhu Rongji, en fonction depuis le 17 mars 1998, et Li Ruihuan, 68 ans, président de la Conférence consultative populaire du peuple chinois doit devenir président de l'Assemblée nationale à la place de Li Peng.

Les responsabilités importantes de la hiérarchie sont passées à la « quatrième génération » des dirigeants communistes depuis 1949, des hommes de 55 à 65 ans. Hu Jintao, 59 ans, est le numéro un du Comité central. Le suivent dans l'ordre : Wu Bangguo, 62 ans, Wen Jiabao, 60 ans, Jia Quinglin, 62 ans, Zeng Quinghong, 62 ans, Huang Ju, 63 ans, Wu Guangzheng, 63 ans, Li Changchun, 58 ans et Luo Gan, 66 ans. Aucune femme n'y siège.

Hu Jintao devient également vice-président de la commission centrale militaire (CMC), dont les deux anciens vice-présidents, à savoir le plus haut gradé de l'armée, Zhang Wannian, 74 ans, et le ministre de la Défense Chu Hoatian, 73 ans, se sont retirés.

En outre, tous les généraux âgés de plus de 70 ans siégeant à la CMC ont quitté le Comité central du PCC.

D'autre part, la Charte du parti a été modifiée pour que les capitalistes puissent le rejoindre. La phrase « le Parti communiste chinois est l'avant-garde de la classe ouvrière » a été remplacée par « le Parti communiste chinois est l'avant-garde de la classe ouvrière chinoise, du peuple chinois et de la Nation chinoise ». De même, le Parti est devenu « le noyau dirigeant du socialisme aux couleurs de

la Chine et représente les exigences de développement des forces productives avancées ».

Le XIX^e Congrès a également décidé que désormais les entrepreneurs privés seront représentés en tant que tels au sein du Parti, en même temps que les représentants du peuple et ceux des élites culturelles et sociales. C'est la doctrine dite des trois représentativités qui restera dans l'histoire comme l'apport de Jiang Zemin à la pensée communiste chinoise.

Le Congrès du PCC est théoriquement l'organe de décision suprême du Parti, qui se réunit tous les cinq ans. Les délégués ont notamment approuvé le rapport politique fixant les orientations du pays, examiné un rapport de la Commission centrale de discipline, procédé à l'élection d'un nouveau Comité central de 356 membres. Celui-ci a tenu son premier plénum au cours duquel il a désigné un nouveau bureau politique (23 membres), ainsi que son comité permanent (9 membres parmi les 21) et le secrétaire général du Parti (*Le Figaro*, 4, 8, 9-10, 13, 15 et 16-17 novembre 2002 ; *Libération*, 26 juillet, 7 au 13, 15 et 16-17 novembre 2002 ; *Le Monde*, 29 août, 8-9 septembre, 9 octobre, 8, 9, 12 au 16, 21 novembre, 1-2 et 10 décembre 2002 ; *Courrier International*, 7 novembre 2002 ; www.16congress.org.cn).

ÉTATS-UNIS

2 octobre 2002. **Irak.** Le 2 octobre, la chambre des Représentants autorise les États-Unis à recourir à la force « pour défendre la sécurité nationale des États-Unis contre la menace continue posée par l'Irak et faire appliquer toutes les résolutions du Conseil de sécurité concernant l'Irak » par 296 voix contre

133 et le Sénat se prononce de la même façon le 11 octobre par 77 voix contre 23. Les démocrates sont divisés puisque, à la Chambre, 126 votent favorablement contre 81 et au Sénat 29 contre 21 (*Libération*, 3, 8, 10 au 14, 17 et 22 octobre 2002 ; *Le Monde*, 2, 4, 12, 13-14 et 23 octobre 2002).

5 novembre 2002. **Midterm elections.** Les élections parlementaires de mi-mandat présidentiel permettent au président George W. Bush d'obtenir un large soutien parlementaire pour sa politique. Depuis cent cinquante ans, le parti du président enregistre, généralement, un mauvais résultat à ces élections en cours de mandat. Seuls trois présidents, dont deux démocrates (F.D. Roosevelt en 1934 et Bill Clinton en 1998), avaient pu échapper à cette règle.

Pour le président, cette élection vient lui donner une légitimité qui lui était contestée à la suite de l'élection litigieuse de 2000.

Le président renforce sa majorité à la Chambre des Représentants totalement renouvelée avec un gain de 7 sièges (229 républicains, 205 démocrates et 1 indépendant) et surtout, enjeu majeur, conquiert le Sénat où il était minoritaire avec un gain de 2 sièges (51 républicains, 48 démocrates et 1 indépendant) (cf. *RE*, 97). Un seul sénateur républicain a connu la défaite, Tom Hutchinson, Arkansas, mais pour des raisons personnelles, et deux représentants républicains seulement ont été battus. À la suite de ce scrutin, le leader des démocrates à la Chambre, Dirk Gephardt, démissionne. Il est remplacé par Nancy Pelosi, représentante de Californie. Le leader républicain est le représentant texan Tom DeLay.

Il a fallu attendre le deuxième tour de

l'élection (originalité du Sud) en Louisiane pour que le Sénat soit complet.

Sénat

Républicains	51 (+ 2)
Démocrates	48 (-1)
Indépendants	1 (-1)

Représentants

Républicains	229 (+ 7)
Démocrates	205 (- 3)
Indépendants	1 (- 1)
<i>3 sièges vacants</i>	

36 gouverneurs étaient à élire. Aucun gouverneur républicain sortant n'a été battu, mais les démocrates ont de meilleurs résultats, remportant la Pennsylvanie, le Michigan, l'Illinois et le Wisconsin. Les républicains ont désormais 27 élus (=), les démocrates 23 (+ 2) et les indépendants 0 (- 2). Certaines élections ont été très suivies. À Hawaï, les deux grands partis présentaient des candidates et la victoire est revenue à la républicaine Linda Lingle. Dans le Maryland, la fille de Robert Kennedy, Kathleen Kennedy-Townsend, qui était vice-gouverneure a été battue par le républicain très charismatique Robert L. Ehrlich Jr. En Géorgie, Sonny Perdue devient le premier gouverneur républicain de l'État depuis la guerre de Sécession !

Beaucoup d'autres scrutins avaient lieu dans les différents États des États-Unis et notamment 200 référendums dans 40 États dont 52 sur initiative populaire. Dans 5 États, il fallait se prononcer sur l'utilisation médicale de la marijuana, ce qui a été rejeté partout. Les résidents d'Hollywood devaient décider s'ils faisaient sécession de Los Angeles. Ils ont refusé par 63 % des voix. Les combats de coq ont été interdits en

Oklahoma. En Floride, l'humanité des électeurs laisse perplexe puisqu'ils ont constitutionnalisé la peine de mort et ont interdit la possibilité de maintenir en cages les truies en gestation... L'anglais est devenu langue unique d'enseignement en Massachusetts, mais cela a été refusé dans le Colorado.

On notera que lors de ces *midterm elections*, plus de 15 % des suffrages ont été exprimés de façon anticipée à la suite de réglementations diverses adoptées dans 24 États. Dans l'Iowa le vote a commencé dès la fin septembre dans certains comtés. En Oregon, les élections se déroulent exclusivement par courrier depuis 1996 et les électeurs, cette année, ont pu commencer à voter dès le 18 octobre (*Le Figaro*, 2 au 7 novembre 2002; *Libération*, 10-11 août, 29 octobre, 4 au 8 novembre 2002; *Le Monde*, 22, 24 août, 17 septembre, 1, 3-4 au 8 novembre 2002; www.cyberpress.ca).

20 novembre 2002. **Cabinet.** Par 90 voix contre 9, le Sénat approuve une loi créant un Département de la sécurité du territoire (Homeland Security) qui fusionne 22 agences fédérales. Il est dirigé par Tom Ridge, républicain modéré, conseiller à la sécurité intérieure, ancien gouverneur de Pennsylvanie, nommé le 25 novembre. Jusqu'alors, il n'y avait pas aux États-Unis l'équivalent d'un ministère de l'Intérieur. Cependant le FBI continuera à relever de l'Attorney General et la CIA restera indépendante.

Cette même loi réduit aussi les libertés apportées par le Freedom of Information Act de 1966 sur la communication des documents administratifs et elle permet de créer un système informatique pour analyser les comportements suspects (*Libération*, 21 novembre 2002;

Le Monde, 27 novembre 2002; *Courrier international*, 5 décembre 2002).

IRAK

15 octobre 2002. **Référendum.** Le soutien au président Saddam Hussein, 66 ans, au pouvoir depuis le 16 juillet 1979, au sein de la population irakienne est devenu total. Alors qu'en 1995 il y avait eu 3 052 électeurs hostiles à un nouveau mandat du président, le oui ne l'emportant qu'avec 99,96 %, cette fois-ci 11 445 638 électeurs ont émis un vote favorable permettant d'atteindre un double record : 100 % de participation et 100 % de oui ! On aura deviné qu'il était seul candidat (*Le Figaro*, 17 octobre 2002; *Libération*, 16, 17 et 21 octobre 2002; *Le Monde*, 17 et 22 octobre 2002; *Courrier International*, 24 octobre 2002).

8 novembre 2002. **ONU.** Le Conseil de Sécurité adopte à l'unanimité, y compris la Syrie, la résolution 1441, résultat d'un compromis après quelques divergences rudes entre les États-Unis et la France. Toute violation de ses obligations par l'Irak devra faire l'objet d'un rapport des inspecteurs, suivi d'une réunion du Conseil de sécurité qui décidera de la suite. L'Irak a 7 jours pour accepter, puis 30 jours pour livrer les informations sur son programme d'armement. La Commission de contrôle, de vérification et d'inspection de l'ONU (COCOVNU) et l'AIEA doivent commencer leurs travaux dans un délai de 45 jours.

Le 12 novembre, le Parlement irakien vote le rejet de la résolution tout en s'en remettant à la direction du pays qui accepte cependant la résolution le lendemain (*Libération*, 9-10 au

14 novembre 2002 ; *Le Monde*, 9 au 15 novembre 2002 ; www.un.org).

IRLANDE

19 octobre 2002. **Référendum ; Union européenne.** Les Irlandais ont accepté à une très large majorité le Traité de Nice qui constitue une nouvelle étape dans la perspective de l'élargissement de l'Union européenne à 12 États. Le oui l'a emporté (906 292, soit 62,89 %) et ce, dans les 42 circonscriptions. 534 887 personnes, soit 37,11 % des Irlandais, ont rejeté le traité.

182

C'est un soulagement à Dublin, sans doute, mais aussi à Bruxelles, car, le 7 juin 2001, 54 % des Irlandais s'étaient prononcés contre le traité, et ce, dans 38 circonscriptions (cf. *RE*, 99).

Le taux de participation a été encore très faible (48,45 %).

Il ne manquait plus que la ratification irlandaise pour l'entrée en vigueur du traité. L'Irlande ayant déposé son instrument de ratification le 18 décembre 2002, le traité entrera en vigueur le 1^{er} février 2003 (*Le Figaro*, 21 octobre 2002 ; *Libération*, 20 septembre, 16 au 21 octobre 2002 ; *Le Monde*, 21, 25 septembre, 15, 17 au 20 octobre 2002).

TURQUIE

3 novembre 2002. **Élections législatives.** Après le Maroc, le Pakistan et Bahreïn, la Turquie connaît à son tour une poussée islamiste qui ici est un raz de marée, lors des élections anticipées auxquelles a été contraint le Premier ministre sortant, malade, contesté par ses propres alliés, confronté à la menace de l'Action nationaliste de quitter le gouvernement

et que le Parlement a décidées le 31 juillet par 449 voix contre 62. Le Parti de la justice et du développement (AKP) recueille près d'un tiers des suffrages et, compte tenu du mode de scrutin, détient deux tiers des sièges (363 sur 550), pouvant ainsi gouverner seul et réviser la Constitution. Ce triomphe a été obtenu en dépit de l'invalidation de la candidature de son leader, Recep Tayyip Erdogan, ancien maire d'Istanbul, le 20 septembre par le Haut Conseil électoral, en raison d'une condamnation purgée en 1999 pour propagande islamiste. Chantre d'un « islam modéré », il avait pourtant adopté un profil bas. Il a choisi l'ampoule électrique comme emblème de son parti, afin de symboliser l'ouverture et la transparence. La plupart des partis traditionnels ont été balayés. Seule la gauche kémaliste (Parti républicain du peuple, CHP, social-démocrate laïque de Demiz Baykal), avec 19,4 % obtient une représentation honorable avec 178 sièges. En outre, 9 autres élus sans étiquette pourraient donner à l'AKP les voix nécessaires pour modifier la Constitution. Le Parlement compte 500 députés nouveaux sur 550. La participation a été de 79,1 %.

Le seuil de 10 % des suffrages exprimés nécessaire pour entrer au Parlement a joué un rôle de couperet, éliminant les partis de gouvernement qui furent aux affaires ces vingt dernières années.

La Turquie a déjà eu un gouvernement islamiste dirigé par Necmettin Erbakan du 28 juin 1996 au 30 juin 1997. Sous la pression de l'armée, le parti islamiste avait alors été dissous par la justice pour activités antilaïques. L'armée turque, garante des valeurs laïques du pays, a officiellement reconnu la validité des élections et le caractère démocratique du scrutin.

Élections en Turquie

	Voix en %	Nombre de sièges
Parti de la justice et du développement (AKP)	34,2 %	363 (+ 363)
Parti républicain du peuple (CHP)	19,4 %	178
Parti de la juste voie (DYP), centre droit	9,6 %	0 (- 85)
Parti d'action nationaliste (MHP), extrême droite	8,3 %	0 (- 129)
Parti de la jeunesse (GP)	7,3 %	0
Parti démocratique populaire (DEHAP)	6,2 %	0
Parti de la Mère Patrie (ANAP)	5,1 %	0 (- 86)
Parti Saadet (SP)	2,5 %	0
Autres	7,4 %	9 (+ 6)
Total		550

183

(*Le Figaro*, 17 et 31 juillet, 2 août, 28-29 septembre, 2-3 au 6 novembre 2002; *Libération*, 17, 22, 24, 30 juillet, 1^{er}, 12, 16 août, 16, 21-22, 2 septembre, 31 octobre, 1^{er} au 5, 7, 15, 19, 25 novembre et 10 décembre 2002; *Le Monde*, 18, 24 juillet, 2, 9, 13, 17 août, 7, 19, 22-23 septembre, 3, 26, 29 octobre, 2 au 6, 14, 16 novembre, 8-9, 10 décembre 2002; *Courrier International*, 29 août, 17 et 26 septembre, 17 octobre, 7, 14 et 21 novembre et 5 décembre 2002.)

16 novembre 2002. **Premier ministre.** Le président turc Ahmed Necdet Sezer charge le vice-président du Parti de la justice et du développement (AKP), Abdullah Gül, 52 ans, économiste à la Banque islamique de développement, pro-européen, de constituer le 58^e gouvernement de la République turque. Celui-ci faisait partie de la liste de trois noms proposée par le chef de l'AKP, Recep Tayyip Erdogan, qui reste maître du jeu politique.

Le 28 novembre, le gouvernement obtient la confiance par 346 voix contre 170.

Abdullah Gül succède à Bulent Ecevit, 77 ans, qui a connu une écrasante défaite aux élections (*Le Figaro*, 18 novembre 2002; *Libération*, 16, 18, 19 novembre, 11 décembre 2002; *Le Monde*, 17-18 au 20 novembre 2002).

29 novembre 2002. **Laïcité.** Question susceptible d'être au centre de vifs débats après la victoire des islamistes aux élections, le port du voile voit son interdiction maintenue par la Cour suprême (*Libération*, 25, 30 novembre-1^{er} et 12 décembre 2002; *Le Monde*, 27 novembre 2002).

UNION EUROPÉENNE

Octobre à décembre 2002. **Convention.** La Convention pour l'avenir de l'Europe arrive bientôt au terme de ses travaux. Sa composition connaît quelques changements avec l'arrivée du ministre allemand des Affaires étrangères, Joschka Fischer, ce qui incite la France à remplacer Pierre Moscovici par Dominique de Villepin.

Le 28 octobre le président de la Convention, Valéry Giscard d'Estaing

présente l'avant-projet lors de la session plénière et l'expose le 3 décembre à l'Assemblée nationale française.

Romano Prodi présente un autre projet dit « Pénélope », rédigé dans le plus grand secret, qui est publié le 3 décembre et suscite un véritable tollé

(*Libération*, 5-6, 18, 19-20, 29 octobre, 9-10, 16-17 novembre, et 4, 7-8, 12, 14-15 et 20, 21-22 décembre 2002; *Le Monde*, 3, 15, 20-21, 22, 23, 26, 30, 31 octobre, 8, 9, 16, 23 novembre, 3, 5 au 8-9, 21 décembre 2002; <http://european-convention.eu.int>).

CHRONIQUE
CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE
(1^{er} OCTOBRE – 31 DÉCEMBRE 2002)

REPÈRES

- 6 octobre. Avec l'aval de M. Giscard d'Estaing, la majorité de l'UDF adhère à l'UMP.
- 11 octobre. M. Séguin abandonne son mandat de conseiller de Paris.
- 18 octobre. M. Dumas est exclu du PS pour une durée de deux ans.
- 20 octobre. M. Juppé est l'invité de M. Drucker sur France 2, à l'émission *Vivement dimanche*.
- 21 octobre. Un décret du président de la République nomme M. Olivier Schrameck ambassadeur de France à Madrid.
- 23 octobre. Un décret du président de la République nomme M. Philippe Séguin délégué du gouvernement français au conseil d'administration au Bureau international du travail à Genève.
- 27 octobre. Le Parti radical adhère à l'UMP.
- 31 octobre. M^{me} Voynet se prononce pour un seul parti de la gauche.
- Le président Debré met en garde contre « l'intégrisme décentralisateur ».
- 6 novembre. M. Hue annonce son départ de la présidence du PCF.
- 17 novembre. Congrès fondateur de l'UMP (devenue l'Union pour un mouvement populaire) au Bourget. MM. Juppé, Gaudin et Douste-Blazy sont élus respectivement président, président délégué et secrétaire général.
- 19 novembre. La Cour de cassation rejette le pourvoi en cassation présenté par M. Bové.
- 25 novembre. La « fermeté républicaine » a raison de la grève des routiers.
- 26 novembre. Sur RMC, M. Fabius se prononce pour le vote obligatoire. M^{mes} Guigou, Royal et M. Vaillant, anciens ministres du gouvernement Jospin, sont exclus d'une manifestation des cheminots à Paris. M. Jospin devient adhérent de la section PS du 18^e arrondissement de Paris.

27 novembre. M. Bayrou se déclare partisan, sur RMC, du contrôle de la présence des députés en séance.

30 novembre. Les cendres d'Alexandre Dumas sont transférées au Panthéon.

2 décembre. M. Raffarin déclare au journal *Le Monde* qu'il ne va pas « se lancer et lancer la politique gouvernementale dans des réformes », en matière d'éducation nationale, « qui n'auraient pas l'adhésion des enseignants ».

4 décembre. M. Juppé se prononce pour la tenue d'un référendum s'agissant de la future constitution européenne.

186

6, 7 et 8 décembre. Dans 64 villes, une « votation citoyenne » est organisée en faveur du droit de vote et d'éligibilité des étrangers aux élections locales.

10 décembre. Naissance du groupe UMP au Sénat.

13 décembre. Le parquet du TGI de Paris requiert le renvoi de 37 personnes devant le tribunal correctionnel à propos de l'affaire Elf. En revanche, un non-lieu est demandé pour M. Pasqua.

15 décembre. M^{me} Voynet est chargée d'expédier les affaires courantes, faute pour les Verts de désigner un nouveau secrétaire national.

AMENDEMENT

– *Bibliographie*. V. Sommacco, *Le Droit d'amendement et le Juge constitutionnel en France et en Italie*, LGDJ, 2002.

– *Article 44, alinéa 2 C*. Après une série de scrutins publics sur les sous-amendements à un amendement de la commission des lois à l'article 3 du projet de LC relatif à l'organisation décentralisée de la République, M^{me} Brigitte Girardin, ministre de l'Outre-Mer, s'est opposée, le 22-11, à l'examen des sous-amendements restant en discussion qui n'avaient pas été soumis à la commission (p. 5582).

V. *Bicamérisme. Irrecevabilité financière*.

ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Bibliographie*. AN, *L'Annuaire*, 2002, et « Le statut du député », *Connaissance de l'Assemblée*, n° 7, 2002 ; D. Andolfatto et F. Greffet, « La maison sans fenêtres s'ouvre-t-elle ? », in « Élections 2002 : quelles logiques ? », *RPP*, n° 1020-1021, sept.-octobre 2002, p. 219.

– *Bureau*. M. Moyne-Bressand (UMP) a été nommé secrétaire en remplacement de M. Teissier (UMP) le 2-10 (p. 16376). En outre, il faut saluer une heureuse initiative de M. Jean-Louis Pezant, secrétaire général de l'AN : à nouveau, les décisions du bureau sont publiées (*BAN*, 15, p. 12).

– *Chaîne parlementaire*. Le bureau, réuni le 27-11, a arrêté la procédure d'examen des candidatures à la présidence de celle-ci et approuvé, à cette fin, le règlement de sa délégation, présidée par M. Baroin, chargée de cette mission (*BAN*, 15, p. 13).

– *Composition*. À l'issue des premières élections partielles de la XII^e législature, ont été proclamés élus députés, le 15-12 : M. Decagny (UMP) (Nord, 23^e), dont l'élection avait été annulée par le Conseil constitutionnel, le 10-10 (p. 17243), et M. Blanc (UDF) (Yve-

lines, 3^e), à la suite de la démission de M^{me} Idrac (cette *Chronique*, n° 104, p. 176) (p. 20859).

– *RAN. V. Commissions.*

– *Présidence « arbitrale ».* Le président Debré veille, chronomètre à la main, au déroulement des questions au gouvernement (*infra*). Il se soucie du respect des droits de l'opposition et convie régulièrement à déjeuner, de manière inédite et bénéfique, tous les présidents de groupes (*Le Figaro*, 20-12).

– *Réception.* Le président du Mexique, M. Vicente Fox, a été invité, à son tour (cette *Chronique*, n° 101, p. 129), à s'adresser aux députés, le 14-11 (*BAN*, 13, p. 15).

– « *Séance exceptionnelle* ». À l'initiative du président Debré, le bureau et la conférence des présidents ont autorisé M. Giscard d'Estaing, président de la Convention sur l'avenir de l'Europe, à s'exprimer le 3-12 (p. 6067). Un débat s'en est suivi.

V. Bicamérisme. Commissions. Conseil constitutionnel. Contentieux électoral. Cour de justice de la République. Élections législatives. Haute Cour de justice. Loi de finances. Parlement. Parlementaires en mission. Président de la République. Questions écrites. Questions orales. Révision de la Constitution. Vote bloqué.

AUTORITÉ JUDICIAIRE

– *Bibliographie.* R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 10^e éd., 2002 ; « Sécurité et justice », *Regards sur*

l'actualité, n° 284, La Documentation française, sept.-octobre 2002, p. 5.

– *Pourvoi en cassation.* La régulation du flux découlant de la loi du 25-6-2001 (cette *Chronique*, n° 99, p. 201) s'établit comme suit pour le premier semestre 2002 : 28 % de dossiers non admis s'agissant des chambres civiles et 35 % concernant la chambre criminelle, selon les chiffres de la chancellerie (AN, Q, p. 5180).

V. Conseil supérieur de la magistrature. Révision de la Constitution.

187

AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

– *Avis du Conseil d'État.* Aux réserves exprimées, le Premier ministre a opposé, sur RTL, le 11-10, « l'audace créatrice » du projet de révision relatif à la décentralisation : « Le Conseil d'État est le Conseil de l'État, ce n'est pas le conseil des collectivités locales », devait-il ajouter (*Le Figaro*, 12/13-10).

– *Site intranet.* Un arrêté du 12-12 crée au Conseil un site de ce type (p. 21611). Un second arrêté de ce jour l'étend aux TA et aux cours administratives d'appel (*id.*).

V. Conseil constitutionnel. Révision de la Constitution.

BICAMÉRISME

– *Complémentarité ?* Le président Debré a demandé, dans un entretien au *Parisien*, le 1^{er}-12, s'agissant du dépôt des projets de loi (art. 3 du projet de révision relatif à l'organisation décentralisée de

l'État), qu'« on respecte la tradition de la V^e République, laquelle donne la primauté à l'Assemblée... Le fondement de la légitimité démocratique, c'est l'élection au suffrage universel, la V^e République a rappelé ce principe. L'Assemblée est la seule chambre à être élue directement par le peuple... Certes le Sénat a un rôle éminent, mais un rôle complémentaire de celui des députés ».

V. *Amendement. Assemblée nationale. Irrecevabilité financière. Loi de finances. Révision de la Constitution. Sénat.*

188

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie.* « Les collectivités locales », *Mélanges Jacques Moreau*, *Economica*, 2002 ; M. Verpeaux, *Les Collectivités territoriales en France*, Dalloz, 2002 ; J.-Cl. Casanova, « Jacobinisme : la fin d'un mythe », *Commentaire*, n° 100, 2002, p. 869 ; Ch. de Courson, « Autonomie financière des collectivités locales : la voie étroite », *ibid.*, p. 885 ; J.-M. Pontier, « Décentralisation et expérimentation », *AJDA*, 2002, p. 1037 ; Y. Mény, « Décentralisation, acte II », *Les Échos*, 16-10.

– *Droit local alsacien-mosellan.* Le décret 2002-1426 du 3-12 (p. 20352), pris en application de la loi du 4-3-2002 (cette *Chronique*, n° 102, p. 141), fixe des modalités relatives à la publicité foncière.

– *Droit local mahorais.* Une ordonnance 2002-1450 du 12-12 (p. 20711) porte modification du CGCT en ce qui concerne la modernisation du régime communal, la coopération intercommunale et l'exercice des mandats locaux

à Mayotte. Une seconde (2002-1476 du 19-12) porte extension et adaptation de dispositions de droit civil et modification de son organisation judiciaire (p. 21363).

Un décret 2002-1504 du 24-12 pris pour l'application de la loi du 11-7-2001 modifie la partie réglementaire du CGCT (p. 21655).

– *Principe de libre administration.* La suppression du droit de licence des débitants de boissons, compensée par une dotation globale aux communes (art. 27 II et III de la loi de finances pour 2003), a été validée par le Conseil constitutionnel (2002-464 DC) au motif classique (cette *Chronique*, n° 100, p. 193) qu'il n'en résultait aucune restriction « au point d'entraver » ce principe.

V. *Loi de finances. Président de la République. Révision de la Constitution.*

COMMISSIONS

– *Assemblée nationale.* Sur la proposition du président de la commission de la production et des échanges, M. Patrick Ollier (UMP), l'article 36 RAN a été modifié, le 8-10, afin de changer la dénomination de cette commission désormais intitulée, à l'instar de son homologue du Sénat, « commission des affaires économiques », avec le complément : « de l'environnement et du territoire » (p. 3028). La décision 462 DC du 10-10 l'a déclaré conforme.

– *Commission spéciale.* À la demande du groupe UMP, une commission spéciale a été constituée, à l'Assemblée nationale, pour l'examen du projet de loi pour l'initiative économique le 18-12 (p. 6916). En application de l'article 32 RAN, cette

demande est de droit lorsqu'elle est présentée au nom d'un groupe dont l'effectif représente la majorité absolue.

COMMISSIONS D'ENQUÊTE

– *Assemblée nationale*. Une commission d'enquête de 30 membres sur « les conditions de la présence du loup en France et l'exercice du pastoralisme dans les zones de montagne » a été créée le 5-11 (p.18354).

– *Sénat*. Dans la séance du 12-12, le Sénat a décidé de créer deux commissions d'enquête de 21 membres, l'une sur « la maltraitance envers les personnes handicapées accueillies en établissements et services sociaux et médico-sociaux et les moyens de la prévenir », l'autre sur « la politique nationale de lutte contre les drogues illicites » (*InfoSénat*, 827).

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

– *Désignation de personnalités*. Le décret du 31-10 (p. 18341) en porte nomination s'agissant des sections (cette *Chronique*, n° 104, p. 180).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. V. Larsonnier, *Les PFRLR dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse Montpellier I, 2002 ; G. Merland, *L'Intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *ibid.* ; S. Cottin, « La réception et le contrôle des présentations de candidats à l'élection du président de la République par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2002, p. 1263 ; P. Jan, « Bloc

de constitutionnalité », *Juris-Classeur*, 2002, fasc. n° 1418 ; F. Luchaire, « Le CC et la loi d'orientation de la justice », *RDP*, 2002, p. 1619 ; P. Monzat, « Sur les revirements du CC », *ibid.*, p. 1639.

– *Chr. RFDC*, 2002, p. 607 ; *RFFP*, n° 80, 2002, p. 259 ; *PA*, 16-12.

– *CCC*, n° 13, *Dalloz*, 2002.

– *Note*. J.-P. Camby sous CE, 25-10-2002, *Brouant*, *RDP*, 2002, p. 1855.

– *Archives*. Le Conseil d'État, par un arrêt *Brouant* rendu, le 25-11, sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement, s'est déclaré incompétent pour apprécier le recours intenté contre le règlement intérieur sur lesdites archives adopté le 27-6-2001 (cette *Chronique*, n° 99, p. 204). Il a considéré que, eu égard à l'objet de ce règlement définissant un régime particulier pour l'accès à l'ensemble des archives, qu'il « n'était pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution ». *A contrario*, un recours contre un acte dissociable demeure envisageable, à l'avenir.

– *Condition des membres*. Outre un enseignement dispensé à l'IEP de Paris, M. Dutheillet de Lamothe a publié aux Éditions Liaison un ouvrage intitulé : *Au carrefour de l'économie et du social : la politique de l'emploi*, 2002.

– *Décisions*. V. tableau, page suivante.

– *Non-événement*. Pour une fois, la « trilogie contentieuse » des prélèvements obligatoires ne s'est pas présentée en fin d'année : la loi de finances rectificative

- 26-9 Comptes de campagne de l'élection présidentielle (*JO*, 12-10). V. *Élection présidentielle*.
- 10-10 2002-192 L. Délégation (*JO*, 13-10). V. *Pouvoir réglementaire*.
2002-462 DC. Résolution modifiant le RAN (*ibid.*). V. *Commissions*.
AN, Pas-de-Calais, 14^e à AN, Nord, 23^e (*JO*, 17-10). V. *Contentieux électoral*.
- 17-10 Nomination des rapporteurs adjoints pour la période octobre 2002-octobre 2003 (*JO*, 20-10).
AN, Pas-de-Calais, 6^e à AN, Calvados, 2^e (*JO*, 23-10). V. *Contentieux électoral*.
- 24-10 AN, Loire-Atlantique, 3^e à AN, Moselle, 8^e (*JO*, 30-10). V. *Contentieux électoral*.
- 31-10 Nomination d'un rapporteur adjoint (*JO*, 3-11).
AN, Pas-de-Calais, 5^e à AN, Nord, 23^e (*JO*, 6-11). V. *Contentieux électoral*.
- 7-11 Observations sur l'élection présidentielle des 21-4 et 5-5-2002 (*JO*, 15-11). V. *Élection présidentielle*.
AN, Corse-du-Sud, 2^e à AN, Rhône, 14^e (*JO*, 15-11). V. *Contentieux électoral*.
- 14-11 AN, Aisne, 4^e à AN, Nord, 13^e (*JO*, 21-11). V. *Contentieux électoral*.
- 21-11 2002-193 L. Délégation (*JO*, 27-11). V. *Pouvoir réglementaire*.
AN, Hautes-Alpes, 2^e à AN, Val-d'Oise, 5^e (*JO*, 27-11). V. *Contentieux électoral*.
- 28-11 AN, Seine-Saint-Denis, 5^e à AN, Seine-Saint-Denis, 5^e (*JO*, 5-12). V. *Contentieux électoral*.
- 5-12 AN. Inéligibilités (art. LO 128 du code électoral) (*JO*, 12-12).
AN, Bouches-du-Rhône, 8^e à AN, Corse-du-Sud, 2^e (*JO*, 12-12). V. *Contentieux électoral*.
- 12-12 2002-463 DC. « Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003 » (*JO*, 24-12). V. *Loi de financement de la sécurité sociale*.
- 19-12 AN, Réunion, 3^e à AN, Wallis-et-Futuna (*JO*, 27-12). V. *Contentieux électoral*.
S. Haute-Saône (*JO*, 27-12). V. *Contentieux électoral. Sénat*.
- 27-12 2002-464 DC. « Loi de finances pour 2003 » (*JO*, 31-12). V. *Amendement. Bicamérisme. Collectivités territoriales. Loi de finances et ci-dessous*.

pour 2002 (2003-1576, 30-12-2002, p. 22070) n'ayant pas été déferée.

– *Observations.* Conformément à la pratique observée (cette *Chronique*, n° 96, p. 199), le Conseil a tiré les enseignements de l'élection présidentielle de 2002 en suggérant des réformes (p. 18808).

– *Procédure.* Au titre du contrôle de constitutionnalité, le Conseil a soulevé d'office des cavaliers sociaux (2002-463 DC) et assorti de réserves d'interprétation l'article 43 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2003 (v. J.-É. Schoettl, *PA*, 24-12, p. 14). À l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2003 (2002-464 DC), outre une injonction adressée au gouvernement, le Conseil a rappelé, selon la décision de principe du 25-1-1985 (cette *Chronique*, n° 34, p. 181), que « la conformité à la Constitution des termes d'une loi promulguée ne peut être utilement contestée qu'à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Or, en l'espèce, la nouvelle rédaction « se borne strictement à reproduire [les dispositions] qui étaient en vigueur à la date d'adoption de la loi déferée ».

– *Recours. V. Contentieux électoral et ci-dessus.*

V. Commissions. Contentieux électoral. Loi de financement de la sécurité sociale. Loi de finances. Pouvoir réglementaire.

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

– *Conseil de discipline.* Fidèle à la jurisprudence *Terrail* (18-10-2000) (cette *Chronique*, n° 97, p. 160), le Conseil d'État a rappelé, le 6-11, dans un arrêt *Wargniez*, que les stipulations de l'article 6 CEDH ne concernent pas le régime disciplinaire des magistrats de l'ordre judiciaire qui « participent, de par leurs fonctions, à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ». Quant à la présence du rapporteur au délibéré, ses « attributions ne diffèrent pas de celles que la formation collégiale de jugement pourrait elle-même exercer et ne [lui] confèrent pas le pouvoir de modifier le champ de la saisine de la juridiction ». Le rapporteur donne lecture de son rapport, dans le respect du principe d'impartialité. Il peut même en être dispensé, au demeurant, en accord avec le magistrat poursuivi et le représentant du ministre de la Justice. Ce qui ne fait pas obstacle ensuite à sa participation au délibéré du Conseil.

– *Fin d'une convention.* La formation compétente pour les magistrats du parquet ayant émis 8 avis défavorables sur les 104 propositions de nomination qui lui étaient soumises, le garde des Sceaux est passé outre pour 4 d'entre elles le 20-12 ; il a toutefois renoncé à la nomination de M. Jean-Claude Thin aux fonctions de procureur de la République de Nanterre, en remplacement de M. Yves Blot, nommé à Paris. En rompant avec la pratique introduite en 1997, M. Perben a expliqué qu'il entendait exercer à nouveau ses prérogatives : « le gouvernement doit assumer ses responsabilités » (*Le Figaro*, 20-12) (cette *Chronique*, n° 95, p. 184).

V. *Autorité judiciaire.*

CONSTITUTION

– *Bibliographie.* G. Drago, « Expérimentation et constitution », *AJDA*, 2002, p. 989 ; O. Gohin, « Constitution européenne et Constitution française : l'apport de Michel Debré », *RFDC*, 2002, p. 503 ; M. Lascombe et X. Vandendriessche, « Constitution et pouvoirs publics », in *Code administratif*, Dalloz, 23^e éd., 2003, p. 87 ; N. Maziau, « L'internationalisation du pouvoir constituant », *Revue générale de droit international public*, 2002, p. 549.

– *Archives constitutionnelles de la V^e République.* La commission instituée par le décret du 25-4-2002 (cette *Chronique*, n° 103, p. 181) a été installée, de manière symbolique, le 4-10 par le chef de l'État. Le président de son comité scientifique est M. Jean Massot, président de section au Conseil d'État (décret du 29-10) (p. 18017).

V. *Conseil constitutionnel. République. Révision de la Constitution.*

COUR DE JUSTICE
DE LA RÉPUBLIQUE

– *Composition.* L'Assemblée nationale a procédé, à l'issue des scrutins des 23-10 et 13-11 (p. 17629 et 18756), à l'élection de ses juges titulaires et suppléants. Leur prestation de serment s'est déroulée le 10-12 (p. 6369).

V. *Assemblée nationale.*

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

– *Bibliographie.* D. Biroste, « Contentieux des élections législatives 2002 », *PA*, 9-12 ; J.-M. Garrigou-Lagrange, « Les contrôles du Conseil constitutionnel sur les décrets de convocation des électeurs au référendum », *PA*, 4-10 ; R. Ghévantian, « La notion de sincérité du scrutin », *CCC*, n° 13, 2002, p. 63.

– *Concl.* R. Schwartz sous CE, 18-10-2002, *Élections municipales de Lons* (site Internet et campagne électorale), *PA*, 27-12.

– *Comptes de campagne.* La Commission nationale des comptes de campagne a rejeté les comptes de 56 candidats aux élections législatives de 2002 (*BQ*, 25-10).

– *Annulation d'élections de députés.* Le Conseil constitutionnel a prononcé, pour la période concernée, quatre annulations.

Il s'est agi, en premier lieu, de l'élection de M. Decagny (UMP). Conformément à la jurisprudence (cette *Chronique*, n° 85, p. 166), la diffusion de tracts, comportant des mentions injurieuses pour son concurrent, M. Pavros (S), à laquelle celui-ci n'a pas été à même de répondre utilement, combinée à un faible écart de voix à l'issue du premier tour, en a altéré la sincérité et, par voie de conséquence, celle du second tour (10-10, *AN*, Nord, 23^e) (p. 17243). Sur ces entrefaites, ce dernier devait être déclaré inéligible (31-10, *AN*, Nord, 23^e) (p. 18352), son compte de campagne présentant à l'expiration du délai légal un excédent de dépenses sur les recettes justifiées (v. *Élections législatives*).

En second lieu, l'élection de M. Stefanini (UMP) devait être annulée le 21-11 (AN, Paris, 17^e) (p. 19538) pour un motif identique : un affichage massif introduisant un élément nouveau de la polémique électorale n'a pas permis à la candidate visée de répondre et faussé les résultats du scrutin, compte tenu du faible écart de voix.

En troisième lieu, la désignation de M. Mothron (UMP) a subi un sort analogue : l'apposition d'une affiche électorale sur des panneaux officiels d'information, situés à l'entrée d'un office d'HLM, pouvant être interprétée comme un élément de propagande électorale dudit office, a constitué une pression sur les électeurs (cette *Chronique*, n° 85, p. 164) et faussé les résultats du scrutin, compte tenu du faible écart de voix (21-11, AN, Val-d'Oise, 5^e) (p. 19536).

Enfin, l'élection de M. Brial (UMP) a été mise en cause, en raison de défaut d'émargement de certains électeurs (art. L. 64 du code électoral) et de sa faible avance par rapport à son concurrent (19-12, AN, Wallis-et-Futuna) (p. 21800). V. *Assemblée nationale. Contentieux électoral. Élections législatives*.

– *Annulation de l'élection d'un sénateur*. Pour la 4^e fois depuis 1959 (cette *Chronique*, n° 79, p. 174), le juge a annulé un scrutin sénatorial (19-12, S. Haute-Saône, p. 21802). L'élection de M. Bergelin (UMP), acquise avec une voix de majorité (cette *Chronique, ibid.*), a été viciée au motif que des délégués suppléants qui ne figuraient pas sur la liste d'émargement ont voté en remplacement de délégués de conseils municipaux sans présenter de justificatifs attestant l'empêchement de ceux-ci. V. *Sénat*.

– *Élection des députés*. Selon un rythme hebdomadaire, le Conseil constitutionnel a poursuivi l'examen des requêtes (cette *Chronique*, n° 104, p. 181). Outre l'annulation de quatre scrutins (*supra*) et le prononcé de l'inéligibilité de candidats (art. LO 128 du code électoral), sur saisine de la CCFP, le juge s'est attaché à vérifier la sincérité de la consultation, conformément à sa jurisprudence. On se propose de le vérifier à travers divers aspects caractéristiques.

I. S'agit-il de la procédure, des éléments méritent d'être relevés. Pour avoir statué incontinent (cette *Chronique*, n° 103, p. 182), le Conseil a pu accueillir cette fois-ci le recours d'un candidat (17-10, AN, Vaucluse, 1^{re}) (p. 17563). Un grief présenté dans un mémoire complémentaire, après expiration du délai de saisine, est irrecevable (10-10, AN, Guadeloupe, 3^e) (p. 17242). Le Conseil a ordonné une mesure d'instruction (art. 9 du règlement électoral) (19-12, AN, Allier, 3^e) (p. 21798) et refusé une demande d'audition présentée par le requérant (*ibid.*) (cette *Chronique*, n° 86, p. 197). Dans le même ordre d'idées, le juge a repoussé une demande de révision d'une décision, présentée, à tort, sous la forme d'une rectification d'erreur matérielle (7-11, AN, Alpes-Maritimes, 1^{re}) (p. 18921) (cette *Chronique*, n° 72, p. 171). Un requérant ne peut utilement produire devant le Conseil pour la première fois des pièces établissant la qualité d'électeur de son remplaçant, après que le TA eut repoussé sa candidature (art. LO 160 du code électoral) (24-10, AN, Côte-d'Or, 5^e) (p. 18029). Au surplus, le Conseil a donné acte de désistement d'instance à la CCFP (5-12, AN, Bouches-du-Rhône, 8^e) (p. 20521).

II. Concernant sa compétence, le juge de l'élection l'a déclinée, au titre d'une exception d'inconstitutionnalité (10-10, *AN*, Pas-de-Calais, 14^e) (p. 17238) ou d'une exception d'illégalité relative à la recommandation du CSA du 3-4-2002 adressée aux services de radiotélévision (10-10, *AN*, Réunion, 4^e) (p. 17239). De la même façon, le Conseil ne peut se prononcer sur une demande tendant au remboursement des frais exposés dans l'instance (5-12, *AN*, Rhône, 1^{re}) (p. 20526) ou faire droit à une conclusion tendant à la suppression de passages injurieux, outrageants ou diffamatoires contenus dans une requête (19-12, *AN*, Allier, 3^e) (p. 21798). Quant à la création de l'UMP et à la prohibition du mandat impératif, ces arguments ne peuvent qu'être écartés (24-10, *AN*, Aveyron, 3^e) (p. 18031) (cette *Chronique*, n° 104, p. 181).

En outre, le Conseil a examiné la régularité des inscriptions sur les listes électorales. Conformément à sa jurisprudence (23-11-1988, *AN*, Wallis-et-Futuna) (cette *Chronique*, n° 49, p. 199), il a estimé qu'en l'absence « d'une manœuvre de nature à porter atteinte à la sincérité du scrutin », il ne lui appartient pas, en l'espèce, de statuer (7-11, *AN*, Corse-du-Sud, 2^e) (p. 18915). Dans une décision de principe (7-11, *AN*, Alpes-Maritimes, 1^{re}) (p. 18918), il a été appelé à préciser opportunément sa démarche, à propos de l'absence alléguée de radiation d'électeurs décédés qui aurait empêché un candidat d'accéder au second tour. En application des articles L. 25 et R. 18 du code électoral, « les inscriptions sur une liste électorale révisée peuvent être contestées par les électeurs devant le juge d'instance; qu'il en est de même des omissions de radiation d'électeurs décédés, qu'il n'appartient pas au

juge de l'élection d'en connaître, sauf dans le cas où l'omission... résulte d'une manœuvre ». Il suit de là que, le requérant n'apportant pas la preuve que l'absence de radiation d'électeurs décédés procéderait d'une manœuvre, le moyen invoqué ne saurait être accueilli.

En revanche, le juge de l'élection se reconnaît compétent pour réformer une décision de la CCFP, autorité administrative indépendante (19-12, *AN*, Paris, 15^e) (p. 21796).

III. À propos du déroulement du scrutin, pour s'en tenir à l'essentiel, le Conseil constitutionnel s'est évertué à rechercher, au vu des éléments de preuves apportés, si sa loyauté avait été altérée. D'où une jurisprudence classique s'agissant de la diffusion de tracts, qui ne doivent pas dépasser les limites de la polémique électorale, et permettre au concurrent d'y répliquer en temps utile (14-11, *AN*, Essonne, 1^{re}) (p. 19265). En cas contraire, il appartient au juge pénal, le cas échéant, de sanctionner les abus (*ibid.*) ou au juge électoral de prononcer l'annulation du scrutin dans l'hypothèse d'un faible écart de voix (v. *Annulation, supra*).

Sous cet aspect, le Conseil a rappelé (cette *Chronique*, n° 86, p. 198) que la presse est naturellement libre de rendre compte de l'élection (24-10, *AN*, Loire-Atlantique, 3^e) (p. 18028). De même, « tout candidat est libre d'apporter son soutien à un gouvernement dont l'action lui paraît conforme à ses orientations politiques » (19-12, *AN*, Paris, 15^e) (p. 21796).

Dans un même mouvement, le juge s'est employé à vérifier la sincérité du compte de campagne présenté. Au prix d'une simplification, un don émanant d'une personne morale s'analyse en un

avantage prohibé (art. L. 52-8 du code électoral) (21-11, AN, Val-d'Oise, 5^e) (p. 19540), à l'exclusion cependant de celui versé à un parti politique, au sens de la loi du 11-3-1988. Sur ce fondement, le Conseil a réformé la décision de la CCFP en relevant un candidat de l'inéligibilité : dons consentis par la fédération et une section du PS (19-12, AN, Martinique, 1^{re}) (p. 21803) (cette *Chronique*, n° 86, p. 199). Dans cette perspective, lorsqu'un candidat publie régulièrement un journal, « seuls les articles se rattachant directement à sa campagne dans la circonscription sont à prendre en considération » au titre des dépenses figurant dans ledit compte de campagne (19-12, AN, Paris, 15^e) (p. 21796). Au nom du dédoublement fonctionnel, une brochure consacrée à la promotion touristique d'une région, signée par la présidente de celle-ci, ne peut être regardée comme un document de propagande électorale (5-12, AN, Rhône, 1^{re}) (p. 20526) ; de la même façon que la distribution d'échantillons publicitaires de parfum faite à son insu (*ibid.*). Une tradition insulaire, le cadeau d'une cafetière à l'occasion de la fête des mères dans une commune, objet d'une subvention spéciale, n'a pas été considérée comme une dépense électorale (19-12, AN, Réunion, 3^e) (p. 21795).

Enfin, « le règlement direct par le candidat, pour des raisons pratiques, de menues dépenses » est toléré, dès lors que « leur montant global est faible par rapport au total des dépenses... et négligeable au regard du plafond des dépenses autorisées » (7-11, AN, Alpes-de-Haute-Provence, 1^{re}) (p. 18919) conformément à la jurisprudence (6-2-1998, AN, Var, 1^{er}) (cette *Chronique*, n° 86, p. 196).

IV. Reste, en dernière analyse, à relever des aspects didactiques en vue de prévenir le juridisme : aucune disposition législative ou réglementaire relative aux documents de propagande ne prescrit l'apposition de la mention « vu le candidat », ni n'interdit la reproduction de photographies représentant des bâtiments publics (5-12, AN, Pas-de-Calais, 10^e) (p. 20523) ; de la même façon, à ce qu'un bulletin de vote soit imprimé avec les couleurs nationales (19-12, AN, Allier, 3^e) (p. 21798) ou qu'il comporte le verbe « votez » et précise les mandats du candidat (17-10, AN, Calvados, 2^e) (p. 17566) ou qu'une circulaire électorale comporte la signature de personnalités apportant leur soutien à un candidat (31-10, AN, Pas-de-Calais, 5^e) (p. 18349). Dans le même ordre de fait, aucune prescription n'impose d'annexer au procès-verbal des opérations électorales les enveloppes réglementaires trouvées vides dans l'urne, à la différence des bulletins déclarés nuls (art. L. 66 du code électoral) (17-10, AN, Dordogne, 3^e) (p. 17565). Pareillement, un président de bureau de vote peut assurer en même temps les fonctions de délégué d'un candidat (10-10, AN, Guadeloupe, 3^e) (p. 17242) ; l'établissement d'attestations d'inscription à l'extérieur des bureaux de vote est possible (31-10, AN, Réunion, 2^e) (p. 18350) ; de même le dépôt de bulletins de vote ayant une dimension inférieure au format réglementaire (art. R. 30 du code électoral) (10-10, AN, Pas-de-Calais, 14^e) (p. 17238). Il n'est pas interdit, par ailleurs, d'utiliser, pour le second tour, des bulletins imprimés au nom du candidat pour le premier (28-11, AN, Seine-Saint-Denis, 5^e) (p. 20053).

En dernière analyse, le Conseil a estimé que le fait pour un candidat de « s'adresser à une catégorie particulière

d'électeurs ne porte pas atteinte à leur liberté du suffrage » (5-12, AN, Rhône, 14^e) (p. 20524). Qui plus est, une séance de dédicace d'un livre de l'épouse d'un candidat dans une librairie ne saurait affecter la sincérité du scrutin (19-12, AN, Allier, 3^e) (p. 21798).

V. *Assemblée nationale. Élections législatives. Sénat.*

DROIT ADMINISTRATIF

196

– *Bibliographie.* H. Oberdorff, *Les Institutions administratives*, Armand Colin, 3^e éd., 2002 ; *Code administratif*, Dalloz, 27^e éd., 2003.

DROIT COMMUNAUTAIRE

– *Bibliographie.* A. Pécheul, *Droit communautaire général*, Ellipses, 2002 ; J. Touscoz, *La Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; B. Castagnède, « Souveraineté fiscale et Union européenne », *RFFP*, n° 80, 2002, p. 53 ; O. Dufour, « La transposition des directives européennes souffre encore de retards importants », *PA*, 19-11 ; J. Prieur, « Contribution à la convention pour l'Europe », *Commentaire*, n° 100, 2002, p. 861 ; E. Vallet, « Les commissions d'enquête du Parlement européen », *RDP*, 2002, p. 1441 ; « Constitution européenne », *RDP*, 2002, p. 1553.

– *Transposition des directives.* La Commission européenne a publié, le 11-11, son tableau d'affichage semestriel sur le marché intérieur. Ce dernier indique un accroissement du retard de transposition, observe la ministre des Affaires européennes : avec 56 d'entre elles, en

l'espèce, ce qui représente 3,8 % du total des directives, la France occupe le dernier rang de l'Union européenne, derrière la Grèce (3,3 %), loin de l'objectif fixé au Conseil européen de Barcelone (1,5 %) (AN, Q, p. 4792).

Sur proposition de M^{me} Lenoir, le gouvernement a mis en place un plan destiné à redresser la situation : « pour suivre les progrès des ministères, une communication sur la transposition sera effectuée en conseil des ministres tous les six mois, avant chaque publication par la Commission de son tableau d'affichage » (*ibid.*) (cette *Chronique*, n° 100, p. 197). Sur ces entrefaites, la Cour de justice de Luxembourg avait condamné la France pour la non-transposition, dans le délai imparti, de la directive relative à la profession d'avocat, le 26-9-2002, ainsi que celle concernant la libéralisation du marché du gaz, le 28-11 suivant.

COUR DES COMPTES

– *Bibliographie.* Ph. Dautry et Ph. Lamy, « Le contrôle de la gestion publique par la Cour des comptes et par le Parlement », *RFFP*, n° 80, décembre 2002, p. 119.

V. *Gouvernement. Parlement.*

DROIT CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie.* D. Baranger, *Droit constitutionnel*, « Que sais-je ? », n° 3634, 2002 ; L. Favoreu (coord.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 5^e éd., 2002 ; P. Jan, *Le Droit constitutionnel en QCM*, Ellipses, 2002 ; M. Lascombe, *Droit constitutionnel de la V^e République*, L'Harmattan, 8^e éd., 2002 ; J.-Cl. Zarka, *L'Essentiel de*

l'histoire constitutionnelle et politique de la France, de 1789 à nos jours, Gualino Éditeur, 2002 ; Ch. Zorgbibe, *Histoire politique et constitutionnelle de la France*, Ellipses, 2002 ; D. Breillat, G. Champagne, D. Thome (dir.), *Annales corrigées*, Gualino Éditeur, 2002 ; F. Chevalier et B. Desgranges, *S'entraîner aux épreuves de droit constitutionnel*, Foucher, 2002 ; M. Verpeaux (dir.), *Les Annuels du droit. Droit constitutionnel*, Dalloz, 2002.

DROIT PARLEMENTAIRE

– *Bibliographie*. J. Lyon, *Nouveaux Suppléments au Traité de droit politique, électoral et parlementaire d'Eugène Pierre*, t. 3 (1958-1978), La Documentation française, 2002.

ÉLECTIONS LÉGISLATIVES

– *Bibliographie*. H. Portelli, « Les élections législatives des 9 et 16-6-2002 », *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, n° 284, 2002, p. 73 ; « Élections 2002 : quelles logiques ? », *RPP*, n° 1020-1021, sept.-octobre 2002.

– *Élections partielles*. Au scrutin de ballottage, le premier de la XII^e législature, le 15-12, M. Decagny (UMP) a recouvré son siège de député (Nord, 23^e) et M. Christian Blanc (UDF) a succédé à M^{me} Idrac (UDF), dans les Yvelines (3^e) (p. 20859). Ce dernier était candidat unique, au demeurant.

V. *Assemblée nationale. Contentieux électoral. Majorité. Sénat.*

ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE

– *Bibliographie*. Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002, *Journal officiel*, 15-11 ; Rapport au président de la République établi par la Commission nationale de contrôle de la campagne pour l'élection présidentielle, *ibid.* ; Rapport du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur la campagne électorale à la radio et à la télévision, *ibid.* ; R. Ghévantian, E. Carpentier et L. Domingo, « Le contentieux de l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002 », *RFDC*, 2002, p. 615 ; H. Portelli, *L'Élection présidentielle. Regards sur l'actualité*, La Documentation française, 2002 ; J.-É. Schoettl, « Le Conseil constitutionnel et l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002 : les comptes de campagne », *PA*, 25-10.

– *Chronologie (fin)*. Dernier acte de l'élection présidentielle (cette *Chronique*, n° 104, p. 184), les décisions du Conseil constitutionnel sur les comptes de campagne, délibérées le 26-9, ont été publiées au *JO* du 12-10. Un seul compte a été rejeté, celui de M. Bruno Mégret, au motif que le candidat du MNR a bénéficié d'avantages prohibés par l'article 52-8 du code électoral de la part d'une personne morale autre qu'un parti politique : la commune de Vitrolles a assuré l'expédition de lettres invitant à présenter sa candidature et a conservé à sa charge les frais généraux de cette opération ; d'autre part, un agent rémunéré par la commune a été mis à sa disposition. Cette méconnaissance de l'article 52-8 ne pouvant être regardée comme non intentionnelle et de portée très réduite, le remboursement forfaitaire de ses dépenses électorales est refusée à

M. Mégret qui devra en outre reverser à l'État l'avance de 153 000 euros.

En ce qui concerne les comptes des 15 autres candidats, 14 ont été réformés, ces rectifications entraînant la réduction du remboursement par l'État pour quatre d'entre eux. V. CCC, n°13, 2002, p. 31.

GOUVERNEMENT

– *Bibliographie.* D. Biroste, « Les fonds spéciaux », *RFFP*, n° 80, décembre 2002, p. 151 ; P. Jan, « Le gouvernement de la V^e République », *Doc. et études, droit constitutionnel*, n° 1.23, La Documentation française, 2002.

– *Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire.* Sous la présidence du Premier ministre, le CIADT s'est réuni le 13-12 à Paris (*Le Monde*, 15-12), pour la première fois depuis juillet 2001 (cette *Chronique*, n° 100, p. 206).

– *Déclarations.* V. *Parlement.*

– *Doctrine Jospin.* Le gouvernement n'envisage pas de constitutionnaliser cette pratique, selon le garde des Sceaux en réponse à une question écrite (AN, Q, p. 5007).

– « *Esprit de mission* ». Lors de la présentation de ses vœux à la nation, le 31-12, le chef de l'État a « salué l'esprit de mission et la volonté de faire bouger les choses » dont fait preuve le gouvernement Raffarin (*Le Monde*, 2-1) (cette *Chronique*, n° 103, p. 191).

– *Séminaire gouvernemental.* Le Premier ministre a présidé, le 28-11, celui consacré au développement durable,

après que des spécialistes se furent exprimés (*Le Monde*, 30-11).

V. *Premier ministre. Président de la République.*

GROUPES

– *Consultations.* Le ministre de l'Intérieur a reçu, à partir du 16-10, toutes les formations représentées à l'Assemblée nationale, au Sénat et au Parlement européen, en ce qui concerne les réformes des modes de scrutin envisagées (*Le Figaro*, 17-10).

– *Sénat.* Le groupe « Union pour un mouvement populaire », qui s'est constitué le 10-12, détient à lui seul la majorité absolue au Sénat, comme à l'Assemblée nationale (où le groupe UMP a conservé sa dénomination originelle d'Union pour la majorité présidentielle). Ses 167 membres (dont 2 apparentés et 9 rattachés) proviennent des groupes RPR (93), républicains et indépendants (40), qui cessent d'exister, et Union centriste (29 sur 54), ainsi que M. Durand-Hastel (NI) (cette *Chronique*, n° 101, p. 139). Le président est M. J. de Rohan, ancien président du groupe RPR, et les vice-présidents ses homologues des deux autres groupes, MM. H. de Raincourt et X. de Villepin (*BQ*, 11-12).

V. *Assemblée nationale. Partis politiques. Sénat.*

HAUTE COUR DE JUSTICE

– *Composition.* L'Assemblée nationale a désigné, les 23-10 et 13-11 (p. 17629 et 18756), ses juges titulaires et suppléants.

Leur prestation de serment s'est déroulée le 10-12 (p. 6369).

V. *Assemblée nationale*.

IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES

– *Inviolabilité*. Le tribunal correctionnel de Paris a condamné M^{me} Lucette Michaux-Chevry, sénateur (UMP), président du conseil régional de Guadeloupe, à 10 000 euros d'amende pour concussion, le 6-11, à 4 mois de prison avec sursis et 6 000 euros de dommages et intérêts pour usage de faux, le 17-11, et à 20 000 euros d'amende pour favoritisme, le 25-11 (*BQ*, 7, 18 et 26-11).

Sur appel du parquet après sa relaxe en première instance, la cour de Paris a décidé que M. Gaston Flosse, sénateur (UMP), président du gouvernement de Polynésie française, poursuivi pour faux et usage de faux dans sa déclaration de patrimoine, devait bénéficier de la loi d'amnistie du 4-8-02 (*BQ*, 20-11).

IRRECEVABILITÉ FINANCIÈRE

– *Amendement*. L'article 11 de la loi de finances pour 2003, résultant d'un amendement sénatorial, a introduit des dispositions entièrement nouvelles, ce que contestaient les députés saisissants au nom de la priorité de l'Assemblée nationale prescrite par l'article 39, alinéa 2 C ; ils invoquaient au surplus l'article 40 C en faisant valoir que cet amendement aurait été déclaré *a priori* irrecevable devant l'Assemblée nationale en raison du contrôle qui y est exercé au stade du dépôt, lequel n'est pas pratiqué au Sénat. La décision 464 DC écarte le premier moyen, au motif que la priorité ne

s'applique pas aux amendements des sénateurs (elle ne vaut que pour les amendements du gouvernement). Elle écarte également le second grief en vertu de la règle du préalable : la recevabilité de l'amendement n'ayant pas été contestée en application de l'article 40 C au cours de la procédure parlementaire, elle ne peut être directement invoquée devant le Conseil constitutionnel... et cet amendement accroît les recettes de l'État !

V. *Amendements*.

LIBERTÉS PUBLIQUES

– *Bibliographie*. D. Alland et C. Teitgen-Colly, *Traité de droit de l'asile*, PUF, 2002 ; Y. Buttner, A. Maurin et B. Thouveny, *Le Droit de la vie scolaire*, Dalloz, 2002 ; A. Fournier et C. Picard, *Sectes, démocratie et mondialisation*, PUF, 2002 ; R. Goy, *La Cour internationale de justice et les Droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; P. Jourdain, A. Laude, J. Penneau et S. Porchy-Simon, *Le Nouveau Droit des malades*, Litec, 2002 ; J.-P. Marguenaud, *La CEDH*, Dalloz, 2002 ; H. Oberdorff et J. Robert, *Libertés fondamentales et Droits de l'homme*, Montchrestien, 5^e éd., 2002 ; 50^e *Annuaire de la CEDH. Droit et justice*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; Association « Droit et démocratie », « Les inégalités devant la loi et la justice », *PA*, 28-11 ; G. Lebreton, « L'islam devant la CEDH », *RDP*, 2002, p. 1493 ; J.-P. Costa, « La liberté d'expression selon la jurisprudence de la CEDH », *Revue hellénique des droits de l'homme*, Athènes, n° 15, 2002, p. 671 ; J.-M. Clément, « Le droit des malades et la loi du 4-3-2002 », *Regards sur l'actualité*, La

Documentation française, n° 285, p. 67 ; J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention EDH », *AJDA*, 2002, p. 1277 ; N. Lenoir, « Le rôle de l'Europe dans le destin des femmes », *Les Annonces de la Seine*, 10-10 ; P. Jan, « La dissolution d'un groupement de fait », *PA*, 18-11 ; X. Vandendriessche, *Étrangers*, in *Code administratif*, Dalloz, 27^e éd., 2003, p. 973 ; « La vie humaine mise sur le marché ? », *PA*, 5-12.

– *Note*. A. Haquet, sous CE, 29-7-2002, *Griesmar* (égalité de rémunérations entre les sexes), *D*, 2002, p. 2832 ; X. Braud, sous CE (ord. référé), 19-8-2002, *FN*, *AJDA*, 2002, p. 1017 ; E. Royer, CE, 27-6-2002, *Centre hospitalier de Troyes* (le droit d'un fonctionnaire à un emploi n'est pas une liberté fondamentale), *ibid.*, p. 965.

– *Droit à un procès équitable*. La chaîne « Histoire » ne pourra pas recourir à des images tournées lors du procès de M. Papon, a jugé, par une ordonnance de référé, le président du TGI de Paris, le 20-12, au motif qu'une procédure de révision est pendante (*Le Monde*, 26-12).

– *Égalité des sexes*. Les femmes représentent désormais plus de 11 % des effectifs militaires contre environ 6 % en 1995 précise la ministre de la Défense (AN, Q, p. 3717).

– *Liberté d'association*. Une circulaire du Premier ministre, en date du 24-12, relative aux subventions de l'État a été publiée (p. 21697).

– *Parité*. Le décret du 25-11 porte nomination des membres de l'Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes. M^{me} Zimmermann, députée UMP de

Moselle, a été nommée rapporteuse générale (p. 19518).

– *Privatisation*. L'État a procédé à la vente aux enchères de la part qu'il détenait dans le capital du Crédit lyonnais, le 23-11 (*Le Monde*, 26-11).

V. *Conseil constitutionnel. Collectivités territoriales*.

LOI

– *Bibliographie*. J.-P. Duprat, « Urgence pour l'évaluation législative ! », *AJDA*, 2002, p. 1093 ; J.-P. Camby, S. Guy, « Deux points de vue sur les annexes législatives », *RDP*, 2002, p. 1256 ; J.-M. Larralde, « Intelligibilité de la loi et accès au droit », *PA*, 19-11.

V. *Conseil constitutionnel. Pouvoir réglementaire*.

LOI DE FINANCEMENT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

– *Bibliographie*. J.-É. Schoettl, « La loi de financement de la sécurité sociale pour 2003 devant le Conseil constitutionnel », *PA*, 24-12.

– *Cavaliers sociaux*. La décision 463 DC du 12-12 a déclaré contraire à la Constitution comme étranger au domaine des lois de financement de la sécurité sociale le 2^e alinéa de l'article 31 de la loi pour 2003 prévoyant communication d'un rapport au conseil de surveillance de la Caisse d'assurance maladie des travailleurs salariés, ainsi que le II de l'article 56 relatif à la nomination des membres de la commission des acci-

dents du travail (et le I et le III indissociables). Le Conseil a soulevé d'office trois autres cavaliers : les articles 28 (perception directe des honoraires par les médecins hospitaliers exerçant une activité libérale à l'hôpital), 30 et 32 (modifications rédactionnelles).

– *Réserves directives*. La décision 463 DC a validé le remboursement des médicaments sur la base des spécialités génériques (article 43), mais en l'assortissant de réserves invitant le pouvoir réglementaire à prévoir l'information des assurés sociaux et les autorités administratives à organiser la formation des professionnels de santé, afin de respecter les exigences du 11^e alinéa du Préambule garantissant à tous « la protection de la santé ».

– *Sincérité*. Contestée par les saisissants, le grief visant les prévisions de recettes et les objectifs de dépenses n'a pas été retenu par la décision 463 DC, compte tenu des débats parlementaires et des informations disponibles, d'autant que le gouvernement s'est engagé à déposer, si nécessaire, un projet de loi de financement rectificative. La sincérité n'est pas mentionnée parmi les exigences retenues par la LO relative aux lois de financement de la sécurité sociale (à la différence de la LO 2001-692 sur les lois de finances), mais la saisine invoquait l'erreur manifeste d'appréciation.

LOI DE FINANCES

– *Bibliographie*. Ph. Augé, *Droit fiscal général*, Ellipses, 2002 ; M. Bouvier, M.-Ch. Esclassan et J.-P. Lassale, *Finances publiques*, LGDJ, 6^e éd., 2002 ; « La souveraineté financière et fiscale :

réalités et devenir ? », *RFFP*, n° 80, 2002 ; J.-L. Albert, « La réserve parlementaire », *ibid.*, p. 221 ; B. Chevauchez, « Transparence financière : où en est-on ? », *ibid.*, p. 67 ; J.-É. Schoettl, « La loi de finances pour 2003 devant le CC », *PA*, 7-1.

– *Conformité de la loi de finances pour 2003*. De manière rituelle, le Conseil constitutionnel a été appelé à se prononcer sur sa conformité, le 27-12 (2002-464 DC). Outre des aspects procéduraux (v. *Bicamérisme. Irrecevabilité*), la décision a fait bonne justice du grief de manquement à la sincérité de ladite loi (art. 32 de la loi LO du 1^{er}-8-2001 rendu applicable le 1^{er}-1-2002, par son article 65).

I. Eu égard aux éléments soumis au Conseil, « les évaluations de recettes pour 2003, compte tenu des aléas inhérents à leur évaluation et des incertitudes relatives à l'évolution de l'économie en 2003 » ne lui sont pas apparues « entachées d'une erreur manifeste » en « l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre budgétaire », selon le considérant de principe définissant la sincérité. Dans le même ordre d'idées, le gel de crédits était contesté. « La mise à la disposition des ministres n'emporte pas, pour ces derniers, obligation de dépenser la totalité des crédits ouverts » a estimé le juge, d'autant que « les autorisations de dépenses accordées ne font pas obstacle aux prérogatives que le gouvernement tient de l'article 20 C en matière d'exécution de la loi de finances ». En clair, un crédit peut être annulé : conformément à l'article 14 de la LO du 1^{er}-8-2001, applicable depuis le 1^{er}-1-2002, il est « loisible au gouvernement de prévoir la

mise en réserve, en début d'exercice, d'une faible fraction de crédits ouverts afin de prévenir une détérioration éventuelle de l'équilibre du budget ». Le Parlement ayant été informé de cette intention, le moyen tiré de l'insincérité manquait de droit.

Cependant, le Conseil, soucieux du respect de la prérogative parlementaire, n'a pas manqué d'adresser au gouvernement, comme l'an dernier (cette *Chronique*, n° 101, p. 146) une mise en garde confinant à l'injonction (*ibid.*, n° 96, p. 195) : « si, au cours de l'exercice 2003, les grandes lignes de l'équilibre de la loi de finances s'écartaient sensiblement des prévisions, il appartiendrait [ce dernier] de soumettre au Parlement un projet de loi de finances rectificative ». À cet effet, celui-ci « devrait être informé en temps utile des mesures de régulation budgétaire mises en œuvre » ; de la même façon les commissions compétentes de chaque assemblée « devront être informées de tout décret d'annulation avant sa publication », conformément à l'article 14 de la LO susmentionnée.

II. Au surplus, le juge a réitéré l'interprétation du principe d'égalité. À ce titre, l'écotaxe a été censurée au motif que le législateur instituait « une différence de traitement sans rapport direct avec l'objectif qu'il s'était assigné » (art. 88 de la loi déferée). Enfin, des cavaliers législatifs ont été débusqués (art. 28, 91 à 95). Au final, la loi de finances de l'année a été promulguée (2002-1575) le 30-12 (p. 22025).

– *Évaluation*. Les députés ont adopté le 23-10 (p. 3900) un amendement rétablissant le dépôt annuel d'un rapport retraçant l'exécution de la loi d'orientation et de programmation pour la sécu-

rité intérieure et évaluant les résultats obtenus, que le Conseil constitutionnel avait censuré pour application anticipée de la LO du 10-8-01 sur les lois de finances (décision 460 DC du 22-8) (cette *Chronique*, n° 103, p. 190). La nouvelle rédaction supprime l'allusion à ladite LO qui avait motivé la censure. La même procédure a été appliquée le 6-11 (p. 4628) pour rétablir les dispositions analogues concernant la loi d'orientation et de programmation pour la justice dont la décision 461 DC considérait qu'elles devaient trouver place dans une loi de finances (*ibid.*).

– *La « moderfie »*. Dans l'attente de l'entrée en vigueur totale de la LO du 1^{er}-8-2001 (cette *Chronique*, n° 100, p. 205), M. Lambert, ministre délégué au budget a lancé, le 4-12, un chantier en vue de favoriser la transition appelée la « moderfie » (*BQ*, 5-12) (cette *Chronique*, n° 103, p. 186).

V. *Amendement. Bicamérisme. Collectivités territoriales. Conseil constitutionnel.*

MAJORITÉ

– *Majorité absolue*. Avec 363 députés sur 577 et 167 sénateurs sur 321, l'UMP détient la majorité absolue dans les deux assemblées, pour la première fois dans notre histoire parlementaire.

– *Turbulences*. M. Alain Juppé a jugé « inacceptable » que M. Gilles de Robien vienne soutenir M. Christian Blanc à l'élection partielle provoquée dans la 3^e circonscription des Yvelines par la démission de M^{me} Anne-Marie Idrac, elle aussi UDF, alors qu'il y avait un can-

didat de l'UMP (*Le Monde*, 10-12).
Devant la réaction du président de l'UMP, le ministre des Transports s'est contenté de recevoir M. Blanc, qui est arrivé largement en tête du ballottage le 8-12 et a été élu le 15. M. Juppé est ensuite convenu qu'il avait fait « une connerie » et M. de Robien a jugé « l'affaire classée », puisque le président de l'UMP « a fait amende honorable » (*BQ*, 18-12). Dans le même temps, l'élimination d'un proche de M. Sarkozy de la direction de l'UMP a entraîné une polémique et ces incidents ont conduit le chef de l'État à juger « lamentables » de telles dissensions (*Le Monde*, 6-12).

V. Groupes. Sénat.

MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE

– *Communication sur le rapport annuel.* Conformément au cérémonial, M. Stasi l'a présenté aux sénateurs le 8-10 (p. 2684), puis aux députés le lendemain (p. 3126). Il lui en a été donné acte. En 2001, 58 591 citoyens ont fait appel à ses services. Le médiateur est devenu une « institution de proximité » (*BQ*, 3-10).

MINISTRES

– *Condition.* M. de Villepin a été appelé à remplacer M. Moscovici à la Convention sur l'avenir de l'Europe, le 22-11 (*Le Monde*, 24-11).

V. *Gouvernement. Premier ministre. Président de la République.*

OPPOSITION

– *Bibliographie.* M.-Cl. Ponthoreau, « L'opposition comme garantie constitutionnelle », *RDP*, 2002, p. 1127.

PARLEMENT

– *Office parlementaire d'évaluation des politiques de santé.* L'article 2 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2003 complète l'ordonnance 58-1100 du 18-11-1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires en créant une délégation parlementaire ainsi dénommée. La nouvelle délégation a pour mission d'informer le Parlement des conséquences des choix de santé publique, « afin de contribuer au suivi des lois de financement de la sécurité sociale ». La décision 403 DC du 12-12 (cons. 35) a considéré que cette disposition n'était pas étrangère au domaine des lois de financement de la sécurité sociale.

V. *Assemblée nationale. Commissions. Cour des comptes. Groupes. Loi. Loi de finances. Parlement. Sénat.*

PARLEMENTAIRES EN MISSION

– *Nominations.* Huit députés ont été désignés : M^me de Panafieu (Paris, UMP) auprès du ministre délégué à la Famille, par un décret du 28-10 (p. 17944) ; M. Warsmann (Ardennes, UMP) à la chancellerie (décret du 18-11, p. 19132) et M^me Franco (Pyrénées-Orientales, UMP) auprès du secrétaire d'État au tourisme (décret du 22-11, p. 19477) (cette *Chronique*, n° 104, p. 191). Au surplus, MM. Besson (Rhône, UMP) et Périssol (Allier, UMP) ont été nommés respecti-

vement auprès de la ministre à l'Industrie et du ministre des Affaires sociales (décrets du 24-12, p. 21667), tandis que MM. Juillot (Saône-et-Loire, UMP), Censi (Aveyron, UMP) et Sadier (Haute-Savoie, UMP) l'étaient à l'Agriculture (décrets du 24-12, p. 21787 et 21788).

V. Assemblée nationale.

PARTIS POLITIQUES

204

– *Bibliographie*. Y. Rousseau, « L'UMP veut être l'aiguillon du gouvernement », *Les Échos*, 26-11 ; C. Cornudet, « UMP : majorité absolue au Sénat et à l'Assemblée », *ibid.*, 11-12.

– *Changement de nom*. À la suite de son congrès constitutif, le 17-11, l'Union pour la majorité présidentielle a décidé de conserver son sigle tout en changeant sa dénomination qui devient Union pour le mouvement populaire (*BQ*, 18-11).

– *Contentieux judiciaire*. Le TGI de Perpignan a annulé le 10-12 l'élection du premier secrétaire fédéral des Pyrénées-Orientales, M. J. Cresta, que la direction du PS avait validée. Le prédecesseur de M. Cresta n'ayant pas démissionné ni été révoqué, les statuts du parti n'avaient pas été respectés. La direction du PS a décidé de faire appel (*BQ*, 13-12).

– *Financement*. L'amendement à la loi de finances excluant du financement public les partis ayant obtenu moins de 1 % des suffrages aux dernières élections législatives a de nouveau été retiré à la demande du ministre de l'Intérieur qui a invoqué

les consultations en cours sur la loi électorale (cette *Chronique*, n° 104, p. 191), le 23-10 (p. 3899).

– *Message présidentiel*. Le chef de l'État a adressé un message aux congressistes de l'UMP réunis au Bourget le 17-11 (*Le Figaro*, 18-11).

V. Groupes. Président de la République. Sénat.

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

– *Déclassement*. De manière habituelle, le Conseil constitutionnel a attribué un caractère réglementaire à une disposition législative du code du travail qui « a pour seul objet de déterminer l'autorité de l'État compétente » (2002-192 L, p. 16985) et à celles du code du service national qui se bornent... « à déterminer l'autorité administrative habilitée à exercer, au nom de l'État, des attributions confiées par la loi au pouvoir exécutif » (2002-193 L, p. 19450) sans mettre « en cause aucun des principes fondamentaux ni aucune des règles » visés à l'article 34 C.

V. Loi.

PREMIER MINISTRE

– *Bibliographie*. B. Yvert (dir.), *Premiers Ministres et Présidents du Conseil depuis 1815*, Éd. Perrin, 2002.

– *Chef de la majorité*. « J'adore les réunions de famille et notre famille est aujourd'hui au complet », s'est réjoui M. Raffarin, le 17-11, au congrès fondateur de l'UMP réuni au Bourget (Seine-

Saint-Denis) ; l'union étant « le grand espoir des victoires futures » (*Le Figaro*, 18-11). En bonne logique, il devait se rendre au Sénat, le 10-12, lors de la réunion constitutive du groupe de l'UMP. Il s'est déclaré « très heureux d'[y] avoir une majorité rassemblée » (*AFP*, 10-12).

– *Communication*. À propos de la sécurité routière, l'une de ses « feuilles de route », selon une formule affectuonnée, le Premier ministre s'est adressé, le 31-12 sur TF1, aux jeunes, en les tutoyant.

– *Responsable de la défense nationale*. La commission consultative de la défense nationale, saisie par le Premier ministre, a émis, le 17-10, un avis défavorable dans le cadre de l'instruction ouverte sur plainte des consorts Duplessis, d'une part, et de l'information judiciaire ouverte sur plainte de M. Ménage, d'autre part (p. 18032).

– *Rite républicain*. Le président Chirac a remis, le 20-11, à M. Raffarin, la Grand-Croix de l'Ordre national du mérite, six mois après sa nomination à l'hôtel de Matignon (*Le Figaro*, 21-11) (cette *Chronique*, n° 85, p. 167).

– *Services*. Le décret 2002-1355 du 14-11 (p. 18963) relatif au Haut Conseil de la coopération internationale, à caractère consultatif, placé auprès du Premier ministre, abroge celui du 10-2-1999 (n° 99-90) (cette *Chronique*, n° 90, p. 207). Par ailleurs, le décret 2002-1392 du 28-11 institue une mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (p. 19646).

Un arrêté du 9-10 (p. 16801) détermine les modalités du site *Légifrance* (cette *Chronique*, n° 104, p. 193).

– *Tradition républicaine*. M^{me} Aubry, maire (S) de Lille, recevant M. Raffarin à Lille le 25-11, à l'occasion des assises locales de la décentralisation, a affirmé : « Le chef du gouvernement est partout chez lui en France, ici comme ailleurs » (*Le Figaro*, 26-11) (cette *Chronique*, n° 103, p. 196).

V. *Gouvernement. Président de la République*.

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. Rapport remis le 12-12-2002 au président de la République par la commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République, *JO*, 13-12, p. 20633 ; T. Ablard, « Le statut pénal du chef de l'État », *RFDC*, 2002, p. 637 ; P. Avril, « Statut pénal du chef de l'État », *RDP*, 2002, p. 1873 ; R. Ponceyri, « Les invraisemblables triomphes de Jacques Chirac », *RPP*, sept.-octobre 2002, p. 94 ; J.-F. Flauss, « Le statut pénal du président de la République et la Convention EDH », *PA*, 31-12.

– « *Avenir du pacte républicain* ». À l'invitation de M. Baroin, député-maire de Troyes (Aube), le chef de l'État s'y est rendu, le 14-10. Il s'est prononcé, dans un discours-programme, pour des réformes, au premier rang desquelles figure la démocratie locale, en vue de « renforcer notre pacte républicain ». De ce point de vue, M. Chirac a estimé que la nation « n'a nul besoin du corset du centralisme pour se tenir debout... En revanche, elle a besoin de fortifier sa cohésion : pour cela, nous devons remettre les valeurs républicaines au cœur de notre pacte social ». Une fois

encore (cette *Chronique*, n° 97, p. 174), il devait affirmer son attachement à l'universalisme : « La République ne saurait se dissoudre dans une mosaïque de communautés... Mais si [celles-ci] ont leur place dans la nation, aucune ne saurait faire écran entre la République et les citoyens. » C'était le premier déplacement du président de la République en région depuis sa réélection ; de la même manière qu'il s'était rendu dans la capitale de la Champagne, le 22-9-1997, au début de la cohabitation (cette *Chronique*, n° 84, p. 210). La boucle est ainsi bouclée.

206

– *Conjointe*. M^{me} Chirac s'est rendue au Bourget (Seine-Saint-Denis), le 17-11, à l'occasion du congrès fondateur de l'UMP (cette *Chronique*, n° 104, p. 195). De la même façon, elle était présente dans le Panthéon, aux côtés du chef de l'État, du Premier ministre et du ministre de la Culture, le 30-11, lors du transfert des cendres d'Alexandre Dumas. Son ancien collaborateur, M. Niquet, conseiller technique à la présidence de la République, a été nommé préfet des Yvelines (décret du 19-12, p. 21444). Au surplus, une sosie de M^{me} Chirac s'est introduite, le 6-11, à l'Assemblée nationale avant d'être arrêtée (*Le Figaro*, 7-11).

– *Collaborateurs*. Ont été nommés par arrêté du 3-10 (*JO*, 4-10) conseillers techniques : MM. Charles Fries, André Parant et Laurent Bili ; chargée de mission : M^{lle} Émilie Delpit ; chef du secrétariat particulier : M^{me} Marthe Steffann. Par arrêté du 16-10, conseiller technique : M. Gérard de Pablo (*JO*, 18-10) et chef de l'état-major particulier : le général de corps d'armée Jean-Louis Georgelin, en remplacement du général d'armée Henri Bentegeat (*JO*, 19-10).

Par arrêté du 21-10 (*JO*, 22-10), chargé de mission : M. Jacques Champagne de Labriolle, tandis qu'il est mis fin aux fonctions de MM. Roger Romani, chargé de mission auprès du président de la République, qui revient au Sénat, et Jean-François Girault et Jacques Lapouge, conseillers techniques. Par arrêté du 29-10 (*JO*, 4-11), conseiller diplomatique : M. Maurice Gourdault-Montagne, qui remplace M. Jean-Marc Rochereau de la Sablière. L'arrêté du 18-12 (*JO*, 19-12) met fin aux fonctions de M. Jérôme Grand d'Esnon, conseiller technique, et celui du 20 (*JO*, 21) nomme le colonel de gendarmerie Loïc Cormier commandant militaire de la présidence en remplacement du général Jean-Pierre Vincent.

– *Chef des armées*. Les détachements français en Côte-d'Ivoire (cette *Chronique*, n° 104, p. 194) ont reçu la mission de « sécuriser » l'accord intervenu entre les rebelles et le gouvernement d'Abidjan, le 20-10 (*Le Figaro*, 21-10).

– *Évanescence de la « constitution administrative »*. Lors de son déplacement à Troyes, le 14-10, le président de la République s'est engagé, conformément à ses promesses, en faveur de « l'affirmation de nos libertés locales. Nous rompons ainsi avec la longue tradition de centralisme administratif qui retarde encore l'entrée de notre pays dans le XXI^e siècle... L'organisation de notre République est trop pyramidale ; elle doit être décentralisée ». Après avoir énuméré les principes directeurs du projet de révision soumis au Parlement, M. Chirac devait conclure : « L'évolution vers plus de libertés locales passe par la reconnaissance de la diversité... dans le respect de notre unité. » Et d'énoncer, à

cet effet, deux règles : « les Français devront conserver les mêmes droits et les mêmes devoirs sur l'ensemble du territoire national », d'une part ; « la solidarité nationale devra continuer de s'exercer entre les territoires, à travers une péréquation financière entre collectivités et le souci d'un aménagement harmonieux du territoire », d'autre part.

– *Garant de l'action et des réformes.* Le président Chirac s'est posé, le 31-12, en garant de « l'action », pour la nouvelle année : « Je veillerai à ce que ces réformes soient menées à bien, avec tous et dans l'intérêt de tous » (*Le Monde*, 2-1).

– *Immunité.* Le juge d'instruction du TGI de Nanterre, M. Alain Philbeaux, a ouvert le 12-12 un dossier contre X visant M. Jacques Chirac en ses anciennes qualités de maire de Paris et de président du RPR, mais il a rendu le même jour une ordonnance de disjonction écartant de l'enquête sur les emplois présumés fictifs du RPR les faits susceptibles de lui être reprochés (*Le Monde*, 15/16-12), conformément à la jurisprudence *Breisacher* par laquelle la Cour de cassation a jugé, le 10-10-01, que le président de la République ne pouvait faire l'objet de poursuites ni être entendu comme témoin pendant la durée de son mandat (cette *Chronique*, n° 101, p. 150).

– *Message.* Le président Chirac a adressé un message, lu par M. Juppé, aux congressistes de l'UMP réunis au Bourget, le 17-11 : « C'est réaliser, enfin, un rêve esquissé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. C'est faire vivre la démocratie... Jamais en France nous n'étions parvenus à mettre fin à la dispersion de nos forces » (*Le Figaro*, 18-11).

– « *Nouveaux chantiers* ». M. Chirac s'est prononcé, en ce sens, à Troyes, le 14-10, s'agissant de la sauvegarde des retraites par répartition et de l'adoption de la charte de l'environnement (cette *Chronique*, n° 104, p. 195). Il devait ajouter : « J'ai, avec le gouvernement, trois priorités : la sécurité et le droit dans les cités, la politique de la ville et l'intégration. »

– *Résidence privée d'un ancien chef de l'État.* La surveillance des résidences de certaines personnalités s'effectue sur une réquisition préfectorale, à laquelle défère la gendarmerie nationale, indique la ministre de la Défense. Concernant la propriété de Latché, à laquelle un peloton de gendarmerie mobile était affecté (cette *Chronique*, n° 100, p. 209), le préfet des Landes a levé la réquisition le 13-7-2002. Cependant, un dispositif de garde statique sera mis en œuvre uniquement lors de la venue de M^{me} Miterrand (AN, Q, p. 4616).

– *Statut pénal.* La commission de réflexion sur le statut pénal du président de la République (cette *Chronique*, n° 104, p. 195) a remis son rapport au chef de l'État le 12-12. Elle propose une nouvelle rédaction du titre IX de la Constitution, intitulé « La Haute Cour », qui consacre en la systématisant la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'inviolabilité temporaire du président de la République (cette *Chronique*, n° 101, p. 150), et qui prévoit, en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat », une procédure de destitution par le Parlement. L'incrimination politico-pénale de « haute trahison » est ainsi écartée au profit d'une distinction entre la protection du mandat conféré par le

suffrage universel et la responsabilité de droit commun de son titulaire.

– *Vœux*. Conformément à la tradition, le chef de l'État s'est adressé à ses compatriotes le 31-12 (*Le Monde*, 2-1).

V. *Gouvernement. Premier ministre. République. Révision de la Constitution.*

QUESTIONS ÉCRITES

208 – *Bilan*. Il est dressé, pour la première fois, sous la XII^e législature, au 21-10 (AN, Q, p. 3767).

– *Caducité*. Conformément à la tradition (cette *Chronique*, n° 103, p. 195), lesdites questions posées au précédent gouvernement, qui étaient sans réponse à la fin de la précédente législature, sont caduques, estime le ministre des Affaires sociales (AN, Q, p. 4279).

V. *Assemblée nationale*.

QUESTIONS ORALES

– *Questions au gouvernement*. Le président Debré applique avec rigueur le temps de parole (2 minutes 30), y compris aux réponses des ministres. Dès la première séance de questions, le 1-10, il a ainsi rappelé à M^{me} Nicole Fontaine, ministre délégué à l'Industrie, que son temps de parole était écoulé (p. 2751). Le 9-10, il a coupé le micro à M. Bonrepaux qui prétendait poursuivre sa question (p. 3124). De vifs incidents ont émaillé la séance du 20-11, le garde des Sceaux ayant répondu à la place du Premier ministre aux questions du groupe socialiste sur la décentralisation : les députés

de ce groupe ont quitté l'hémicycle (p. 5365). Le même incident s'est reproduit à la suite des propos de M. François Loos, ministre délégué au Commerce extérieur, le 26-11 (p. 5718).

V. *Assemblée nationale*.

QUORUM

– *Assemblée nationale*. La vérification du quorum a été demandée par le président du groupe socialiste avant le vote de la question préalable opposée au projet de loi relatif aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, le 2-10. Le bureau a constaté qu'il n'était pas atteint et le vote a été reporté à la séance suivante (p. 2889).

RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. V. Duclert et Chr. Prochasson (dir.), *Dictionnaire critique de la République*, Flammarion, 2002 ; S. Pinon, *Les Réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, thèse, Tours, 2002 ; G. Sacriste, *Le Droit de la République 1870-1914 : légitimation(s) de l'État et construction du rôle du professeur de droit constitutionnel au début de la III^e République*, thèse, Paris I, 2002 ; A. Viola, « Écoles Diwan : l'impossible intégration ? », *RDP*, 2002, p. 1351 ; « V. Giscard d'Estaing, le théâtre du pouvoir », *France 3*, 29 et 30-10.

– *Chr. RFDC*, 2002, p. 557.

– *Note*. P.-Y. Chicot sous CE, ord. référé, 15-7-2002, *PA*, 30-10 ; E. Aubin sous TA, Paris, 27-6-2002 ; *Papon, ibid.*, 29-10.

– *Fête nationale*. En réponse à une question écrite, le ministre de l'Intérieur rappelle que c'est une loi du 6-7-1880 qui l'a fixée au 14-7. Une instruction du gouvernement, chaque année, précise le pavoiement de tous les édifices publics. « Cependant, sans faire obstacle à la tradition républicaine, des adaptations locales peuvent conduire à organiser des cérémonies la veille du jour de la fête nationale » (AN, Q, p. 4650).

– *Langue de la République*. Le Conseil d'État a annulé, le 29-11, l'intégration des écoles Diwan dans le service public de l'éducation (BQ, 2-12) (cette *Chronique*, n° 104, p. 196).

– « *Sursaut républicain* ». Présentant ses vœux à ses concitoyens, le 31-12, M. Chirac a déclaré : « 2002 fut une année de débats... Elle fut également, et elle restera, l'année du sursaut républicain. L'année du rassemblement » (*Le Monde*, 2-1).

– « *Valeurs de la République* ». M. Chirac a affirmé, à Troyes, le 14-10, que « la cohésion d'une nation n'est jamais acquise une fois pour toutes », faisant référence à la défense des « valeurs de la République », lors de la dernière élection présidentielle. « Cette exigence, je continuerai à en être le garant », devait-il conclure.

V. Président de la République.

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Bibliographie*. O. Gohin, « L'adoption en termes identiques du projet de réforme constitutionnelle de la décentralisation », *PA*, 3-1-03.

– *Organisation décentralisée de la République*. Déposé devant le Sénat, le projet LC a été adopté par celui-ci en première lecture le 6-11, puis, le 4-12, par l'Assemblée nationale qui a voté 7 articles conformes mais en a modifié 5, notamment en limitant la priorité sénatoriale à l'examen des projets « ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales ». Afin d'éviter la poursuite de la navette (la CMP ne s'appliquant pas à la révision de la Constitution), le gouvernement a persuadé la majorité sénatoriale d'adopter conformes les dispositions restant en discussion, le 11-12. Contrairement à ce qu'il avait annoncé, le chef de l'État a écarté le recours au référendum au profit de la procédure du Congrès (BQ, 20-12). Celui-ci aura également à se prononcer sur le mandat d'arrêt européen en cours d'examen, adopté par les députés, en première lecture, le 17-12 (p. 6876).

À noter que le projet de LC relatif à la Polynésie française et à la Nouvelle-Calédonie qui devait être adopté en même temps que la réforme du Conseil supérieur de la magistrature par le Congrès convoqué le 24-1-2000 mais ajourné (cette *Chronique*, n° 94, p. 182) semble abandonné.

V. Collectivités territoriales.

SÉNAT

– *Bibliographie*. J. Arthuis, M. Mercier et autres, « Le Sénat n'est pas un clone de l'Assemblée », *Le Figaro*, 30-11 ; J. Pelletier, « Sénat : chronique d'une mort annoncée », *ibid.*, 3-12 ; L. de Boissieu, « Les sénateurs retrouvent de la voix », *La Croix*, 10-12 ; P. Jan, « Un nouveau Sénat pour demain », *Libération*, 30-10 ;

Sénat, « La séance publique pendant l'année parlementaire 2001-2002 » (rapport Hérin) et « La séance publique et l'activité du Sénat : statistiques », 2002.

– *RS*. Une nouvelle édition a été publiée au 1^{er}-10.

– « *Action et réflexion* ». Selon M. Raffarin, « le Sénat, c'est un lieu de démocratie mais aussi de réflexion et, pour l'action gouvernementale, on a besoin toujours d'articuler l'action et la réflexion » (*AFP*, 10-12).

210 – *Bureau*. Un changement de secrétaire a été opéré, le 5-12 : M. Braye (UMP) (Yvelines) succède à M. Courtois (UMP) (Saône-et-Loire) (p. 20191).

– *Composition*. L'élection de M. Bergelin (UMP) (Haute-Saône) (cette *Chronique*, n° 104, p. 197) a été annulée par le Conseil constitutionnel, le 19-12 (p. 21803). C'est le 4^e cas depuis 1959 (cette *Chronique*, n° 79, p. 174).

– *Chaîne parlementaire*. Le bureau a approuvé, le 17-12, une modification de ses statuts en vue d'assurer leur conformité avec la loi sur les nouvelles régulations économiques. M. Elkabbach a été reconduit dans ses fonctions pour un mandat de trois ans (*InfoSénat*, 828, p. 31).

– *Fait majoritaire*. « Unis autour du président de la République et du gouvernement », les membres du groupe UMP se sont réunis, le 10-12, selon les termes de leur déclaration politique (p. 20447). *V. Groupes. Partis politiques*.

– *Hommage*. La dépouille mortelle d'Alexandre Dumas a été accueillie, le

30-11, au Palais du Luxembourg, avant son transfert au Panthéon (*InfoSénat*, 821, p. 18).

– *Réception dans l'hémicycle*. Le Sénat a accueilli, le 2-10, M^{me} V. Vike-Freiberga, présidente de la Lettonie (*Débats*, supplément n° 385).

– « *Séance exceptionnelle* ». Une fois encore (cette *Chronique*, n° 102, p. 167), le Sénat a rendu hommage, le 16-11, à Victor Hugo : « L'exil et la tolérance ».

V. Bicamérisme. Contentieux électoral. Groupes. Irrecevabilité financière. Loi de finances.

SONDAGES

– *Bibliographie*. M.-Cl. Ponthoreau, « Les sondages font-ils l'élection ? » (à propos de la loi du 19-2-2002), *AJDA*, 2002, p. 1267.

SOUVERAINETÉ

– *Bibliographie*. P. Rosanvallon, *Le Peuple introuvable*, Gallimard, 2002 ; « La souveraineté financière et fiscale : réalités et devenir ? », *RFFP*, n° 80, 2002.

TERRITOIRE

– *Bibliographie*. D. Maillard Desgrées du Loû (dir.), « Territoires et État », *Revue générale des collectivités territoriales*, n° spécial, 2002.

– *Frontières aériennes*. Le décret 2002-1261 du 9-10 porte ratification du

traité « Ciel ouvert » signé le 24-3-1998 (p. 17177).

TRANSPARENCE

– *Bibliographie.* Commission des comptes de campagne et des financements politiques, *Rapport d'activité 2000-2001*, JO, n° 4439.

VOTE

– *Étrangers non ressortissants de l'Union européenne.* L'Assemblée nationale a repoussé, le 26-11, une proposition de loi constitutionnelle (n° 341) de M. Ayrault

(S) visant à leur accorder le droit de vote et d'éligibilité aux élections locales (p. 5673).

– *Liste électorale. V. Contentieux électoral.*

VOTE BLOQUÉ

– *Assemblée nationale.* De manière classique, l'article 44, al. 3 C a été appliqué pour l'adoption de la première partie de la loi de finances, seconde délibération et ensemble, le 22-10 (p. 3742), ainsi que pour les articles réservés de la deuxième partie et l'ensemble du projet, le 15-11 (p. 5275).

SUMMARIES

FRANCIS DELPERÉE

The Constitutional Council: An Inventory

213

The Constitutional Council is one of the successful creations of the Constitution of the Fifth Republic. But the French Constitution is, itself, the result of the rulings of the Constitutional Council. The unity of the State is based on the Constitution as well as on the principle of unity of constitutional interpretation. Still, many questions remain, such as the expression of the right to submit a case to the Council, the control of European Union and Council of Europe law, the reform of the procedure to solve electoral disputes.

PHILIPPE BLACHÈR

Is the Constitutional Council Too Activist?

Avoiding ideological positioning, the article tries to determine, from a legal analyst's point of view, whether the Constitutional Council is too activist with regards to the competence it was granted by the Constitution. An analysis of the cases which constitute an "excessive use of constitutional power" and of those which constitute a "denial of constitutional justice" tends to illustrate the liberties the Constitutional Council sometimes takes with the constitutional rule.

JACQUES MEUNIER

**The Rulings of the Constitutional Council
and the Political Game**

While it is often presented as the referee of the political game, the Constitutional Council should rather be seen as an actor among others. It follows its own method of intervention according to its role of a “constitutional judge”, but it also takes part, in its own particular way, to the political game and contributes to its regulation. However, its intervention is conditional. It supposes a decision taken by the other actors and therefore depends both on the persistence of the game, on the nature of its stakes, and on an assessment of its chances of success.

214

ARNAUD DERRIEN

**The Story of a Triangle. Dialogue and Competition
Between the Supreme Courts, or the Construction
of a Jurisdictional System**

The story of the relationship between the Constitutional Council, the State Council and the Supreme Court of Appeal is the story of the construction of a jurisdictional system of judicial review since the Constitution is the main terrain of encounter. Far from ignoring one another in the exercise of their respective controls, the judges entertain such close relationship that their controls are closely linked. It is therefore no longer possible to envisage one judge’s action without taking into account that of the others, and the system thus appears as an instrument to understand inter-jurisdictional relationships.

CHRISTINE MAUGÛÉ

The Constitutional Council and Supranational Law

The Council intervenes mainly at the stage of incorporation of supranational law into national law. However, the constitutional judge is also called upon to follow the implementation of supranational law at the national level. On the one hand, it controls the constitutional conformity of supranational norms, together with the procedural consistency of the conclusion of international commitments. On the other hand, it sees to the primacy of supranational norms over national legislative norms, as well as to the primacy of the constitution over supranational

norms. There is, therefore, a real complementarity between the Constitutional Council and the other national jurisdictions as far as the taking into account of supranational law is concerned. The Constitutional Council guarantees preventively the primacy of the Constitution over treaties, while ordinary jurisdictions guarantee *a posteriori* the primacy of treaties over the laws.

GUILLAUME DRAGO

Reforming the Constitutional Council

At a time when constitutional reform is on the agenda, is the Constitutional Council the only institution that could not be reformed? This institution should find a new equilibrium in the appointment of its members, a greater openness in its functioning and procedure which could come from a clarification of its relationships with administrative and judiciary magistrates. But the main stake remains the evolution of its competence given the growing influence of European Union and Council of Europe law.

215

NICOLAS MOLFESSIS

The Influence of the Constitutional Council Rulings on the Law

The development of judicial review has undoubtedly led to a growing influence of the Constitutional Council on the entire judicial system. The signs of this influence are diverse. They might operate preventively, when the texts are being prepared, or *a posteriori*, in front of ordinary judges. One should admit, though, that the judicial system is not really adapted to this growing influence which is, thus, far from being perfect. Obviously, an evolution of the judicial system is required in order to adapt it to this new source of law.

DENYS DE BÉCHILLON

Should the Right to Submit a Case to the Constitutional Council be Extended?

The issue of extending the right to submit a case to the Constitutional Council should be raised again in view of the increasingly contentious status of the law in the French judicial system. Indeed the immunity of

an act of parliament has vanished since ordinary judges have been granted the power to prevent its implementation in case of opposition with an international rule. In addition, this control of international compatibility looks very much like a process of judicial review since it fundamentally sanctions the respect of similar norms. Therefore, the main question is no longer, in absolute terms, whether citizens should be granted the right to submit a case to the Constitutional council, but rather to determine if, why, and under which conditions such a reform would be best suited to give back to the jurisdictional control of the law the consistency it no longer has today.

FERDINAND MÉLIN-SOUCRAMANIEN

216 **The Constitutional Council as Electoral Judge**

Since 1958, the Constitutional Council has taken over the competence of the electoral judge with regards to general and presidential elections. Assigning such competence to an independent jurisdiction seems to be a progress compared to the previous rule. However, the decisions of the Constitutional Council regarding elections are often the target of criticisms bearing either on the field of competence of the Council with respect to that of the Council of state and the procedural judge, or on the political nature of its control.

BASTIEN FRANÇOIS

**The Perception of the Constitutional Council
by the Political Elite, the Media and Public Opinion**

The political elite has found in the appeal to the Constitutional Council a new resource in the political struggle and the criticisms it wages at the institution no longer, as in the past, aim to suppress it but rather to stigmatise its jurisdictional “shortcomings”. As for the media, they tend to use judicial review to give more objectivity to their assessment of the policy-making process and also, thanks to opinion polls, of constitutional issues.

CHRONICLES

« LETTER FROM GERMANY »

ADOLF KIMMEL

Letter from Germany**The September 22, 2002 Elections to the Bundestag:****Unexpected Winners**

JEAN LOUIS HÉRIN

**The Reserved Agenda. Seven Years of Senatorial Management
of Article 48-3 of the Constitution**PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT
AND CÉLINE HISCOCK-LAGEOT**Foreign Notes (october 1st-december 31, 2002)**

217

PIERRE AVRIL AND JEAN GICQUEL

French Constitutional Chronicle (october 1st-december 31, 2002)

© « POUVOIRS », AVRIL 2003

ISSN 0152-0768

ISBN 2-02-057348-2

CPPAP 59-303

RÉALISATION : CURSIVES À PARIS.

IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A. À LONRAI.

DÉPÔT LÉGAL : AVRIL 2003. N° 57348 (03-0707).