

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL EST À LA CROISÉE DES CHEMINS. 71
 Jadis honnie des parlementaires nostalgiques de la souveraineté parlementaire, reléguée au dernier rang des organes constitutionnels dans les manuels universitaires, incomprise dans ses interprétations strictes de sa compétence, l'institution installée dans l'aile Montpensier du Palais-Royal a vogué entre indifférence et mépris. Mais au début des années soixante-dix, n'en pouvant certainement plus de ronger son frein et profitant d'un contexte politico-institutionnel favorable, le Conseil s'engageait avec audace dans la voie inexplorée et inexploitée de la garantie constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux. Une nouvelle ère s'ouvrait pour cet organe qui, un peu à la manière de la Cour suprême des États-Unis, se découvrait une mission intrinsèquement juridictionnelle, que le constituant pérennisait habilement en accordant à une minorité parlementaire le droit de contester l'œuvre de la majorité. L'heure de la renaissance du droit constitutionnel et de sa « revanche » sur la science politique avait sonné.

La greffe du contrôle de constitutionnalité a pris et l'État de droit ne s'en porte que mieux. Mais l'effet de rejet menace en permanence. Le déclenchement politique du contrôle de constitutionnalité de la loi, exercé *in abstracto, a priori* et dans un délai extrêmement bref, « plombe » l'autorité du Conseil constitutionnel. Les critiques récurrentes qui lui sont adressées, la pratique des validations constitutives pour surmonter une décision d'inconstitutionnalité traduisent au mieux un certain désenchantement, au pire une hostilité au principe même d'un contrôle approfondi de la constitutionnalité de la loi, dans tous les cas une disgrâce annoncée – si ce n'est déjà entamée – de la juridiction constitutionnelle. Ses structures doivent certainement être adaptées à sa

nouvelle place au sein du système politique de la V^e République, mais la réforme organique ne peut faire l'économie d'une réflexion globale sur ses compétences, dont la refonte apparaît clairement comme une priorité.

UNE PIÈCE CLÉ DE L'ÉTAT DE DROIT

Si les grands noms de la doctrine française du siècle passé ont remarquablement diagnostiqué les avatars de l'État légal et encouragé vainement l'émergence d'un contrôle concret de constitutionnalité des lois, chacun s'accorde aujourd'hui à constater l'effectivité de l'État de droit sous la V^e République et la contribution sans égal du Conseil constitutionnel à sa réalisation. Propos flatteurs mais trompeurs, en ce sens que la justice constitutionnelle ne s'est jamais réduite à l'activité d'un organe. Les juges ordinaires sont également des juges constitutionnels. Il n'empêche, la juridiction constitutionnelle a acquis une position institutionnelle stratégique – donc exposée –, sans équivalent pour une juridiction française, sous l'effet de quatre changements auxquels le Conseil a pris une large part.

Le premier changement décisif – le big-bang constitutionnel – intervient avec la décision du 16 juillet 1971. C'est l'acte fondateur d'une justice constitutionnelle nouvelle, orientée vers la régulation des pouvoirs publics et la garantie des droits fondamentaux. En conférant valeur juridique au préambule de la Constitution de 1958 qui renvoie à la Déclaration des droits de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946, c'est-à-dire à des principes généraux énoncés en d'autres temps et en écho de préoccupations qui ne correspondent pas ou plus nécessairement à celles de notre époque, le Conseil constitutionnel étend formidablement ses capacités de contrôle interne de la loi (par exemple, le sens donné à la liberté de communication ou la mise en forme du principe de dignité de la personne humaine). Sa maîtrise des normes de référence modifie aussi profondément la nature du contrôle de constitutionnalité, sa place dans les institutions de la V^e République et participe à l'élaboration d'un droit constitutionnel substantiel. Désormais, droit constitutionnel rime avec protection effective des droits de l'homme. Interprète authentique des normes constitutionnelles, le Conseil se construit une nouvelle identité qui accroît son autorité et sa légitimité. Il n'est plus l'instrument de l'exécutif, ce canon braqué contre la représentation nationale. L'institution, gardienne de la séparation du pouvoir

constituant et des pouvoirs constitués, se place autant aux côtés des gouvernés qu'entre les pouvoirs exécutif et législatif. Mais ce changement, nécessaire, reste insuffisant. L'essai jurisprudentiel de 1971 impliquait une transformation constitutionnelle. Ce sera chose faite en 1974.

Le deuxième changement déterminant – le boomerang constitutionnel – intervient avec l'ouverture du contrôle de constitutionnalité des lois à une minorité parlementaire. L'afflux de recours déposés par au moins soixante députés ou soixante sénateurs, provoqué par les gains juridiques attendus (échec ou encadrement du programme législatif de la majorité parlementaire) et les retombées politiques nécessairement positives (défense des droits et libertés), entraîne trois phénomènes qui défient l'ingénierie constitutionnelle, déjouent les craintes des détracteurs de la réforme constitutionnelle et dépassent les calculs de ses promoteurs : un accroissement considérable du nombre et de la densité des normes constitutionnelles, lesquelles réduisent d'autant la marge de manœuvre de la future majorité ; une « juridictionnalisation » de la procédure, laquelle légitime l'institution et sa jurisprudence ; une participation directe du juge aux grands problèmes de société, laquelle le conduit par le jeu de l'interprétation à orienter les grands principes directeurs de l'action législative (renforcement des droits des étrangers, respect du droit conventionnel avec la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle, exigence d'une gestion rigoureuse de l'État avec le principe de sincérité budgétaire...). S'ensuit rapidement une période d'euphorie constitutionnelle dont les manifestations sont diverses : accroissement des compétences du Conseil, émergence d'une nouvelle discipline universitaire (le contentieux constitutionnel), d'une nouvelle approche du droit constitutionnel (le droit constitutionnel jurisprudentiel) et d'une nouvelle génération de constitutionnalistes, médiatisation des décisions du Conseil constitutionnel... Pour ne rien gâcher, la juridiction constitutionnelle est servie par des juristes de renom.

73

La motivation de plus en plus dense et précise des recours, voire la prolixité des requérants, les enjeux politiques des requêtes, le nombre et l'importance des lois déferées conduisent le juge constitutionnel à perfectionner ses techniques de contrôle et à fixer des conventions procédurales en marge des textes. Ainsi, l'énonciation régulière de réserves d'interprétation neutralisantes, directives ou constructives, évite au Conseil de s'opposer systématiquement et directement aux priorités législatives du gouvernement. Ces interprétations sont d'autant plus

redoutables qu'elles « sauvent » de l'invalidation les dispositions législatives déferées, privant le pouvoir constituant de bonnes raisons de faire prévaloir son interprétation du texte constitutionnel. L'usage modéré de la technique de « l'effet-cliquet » assure le maintien, par une législation nouvelle, de garanties légales des exigences à caractère constitutionnel. La reprise des griefs des requérants dans les considérants, la recherche d'une motivation précise, le souci de circonscrire les normes de référence non écrites, tels les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, sont autant d'attitudes juridictionnelles liées au dépôt régulier de recours. Sans même s'arrêter sur son pouvoir de soulever d'office conclusions et moyens, l'implication du juge dans le processus de production des normes et les contraintes engendrées sur la liberté d'action des pouvoirs publics se font plus précises. Quant à la procédure, la pratique parlementaire des recours a contraint le Conseil à organiser de façon empirique la contradiction entre les requérants et le secrétariat général du gouvernement, et à solliciter la transparence des modalités de contrôle (publication au *Journal officiel* des recours parlementaires depuis 1983 et des observations du gouvernement depuis 1994).

Le troisième changement – la culture de constitutionnalité – est l'intériorisation de la jurisprudence constitutionnelle. Conseil du gouvernement, le Conseil d'État accorde une attention particulière au respect de la jurisprudence et des principes constitutionnels. Le travail parlementaire n'est pas moins attentif aux exigences de la hiérarchie des normes. Quant aux autorités juridictionnelles et administratives, particulièrement pour ces dernières au stade du travail gouvernemental, elles veillent désormais au respect de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Les juges ordinaires s'approprient du même coup la jurisprudence constitutionnelle concurrençant ainsi directement le Conseil constitutionnel qui n'apparaît plus comme la juridiction phare en matière de protection juridictionnelle des droits de l'homme. Certainement la rançon de la gloire... Le débat politique n'échappe pas non plus à une juridicisation. Mais l'effectivité de la justice constitutionnelle est fragile. Elle dépend toujours du bon vouloir des destinataires des décisions de conformité.

Le quatrième changement – présence et permanence du spectre du gouvernement des juges – est la pratique des validations constituantes, en ce sens que le constituant surmonte une décision du juge constitutionnel en validant un dispositif législatif jugé contraire à l'un des élé-

ments du bloc de constitutionnalité. Le début de la dernière décennie, avec l'échec de l'extension du contrôle de constitutionnalité aux lois promulguées, augurait mal d'une montée en puissance supplémentaire du juge et de la jurisprudence constitutionnels. L'année 1993 marque un tournant capital dans les rapports entre le Conseil constitutionnel et les pouvoirs publics. Pour la première fois, une décision d'inconstitutionnalité est cassée par le pouvoir constituant (réforme du droit d'asile, novembre 1993). Depuis, les validations constitutives réalisées se multiplient (organisation d'au moins une séance hebdomadaire de questions au gouvernement, août 1995 ; égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives, juillet 1999 ; définition du corps électoral néo-calédonien, en attente depuis janvier 2000) et celles tentées se succèdent à un rythme « soutenu » (dernière proposition en date, celle relative à la responsabilité pénale du président de la République). Sur le principe, ces validations illustrent à merveille le principe de séparation des pouvoirs constituant et constitués. La légitimité du Conseil en découle, d'où d'ailleurs son incompétence pour contrôler les lois constitutionnelles (92-313 DC, 23-09-1992). Au-delà de ces considérations, une menace réelle : la formation latente d'une lame de fond dirigée contre l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel dont les interprétations ne servent pas ou plus les intérêts politiques immédiats d'une large majorité de parlementaires. Un malaise s'est installé chez les partenaires du juge constitutionnel malgré son *self restraint* : le Conseil n'a pas « un pouvoir de décision et d'appréciation de même nature que celui du Parlement ». Pour arriver à un exercice serein du contrôle de constitutionnalité, l'urgence est à la réforme du Conseil constitutionnel, plus précisément à la refonte de ses compétences, qui reste la priorité.

75

CANTONNER LE JUGE CONSTITUTIONNEL AU RÈGLEMENT DU CONTENTIEUX NORMATIF

En 1958, le maintien recherché d'un ordonnancement juridique rigoureux au service d'un idéal institutionnel justifiait la remise de toute une panoplie de prérogatives pour garantir les nouvelles règles du jeu à un organe nouveau. Mais les temps ont changé. Les hommes et les institutions également. Figure de l'État de droit constamment critiquée, la juridiction constitutionnelle n'en finit pourtant pas d'être courtisée pour exercer de nouvelles responsabilités, dès lors qu'elles ne la conduisent pas à étendre son contrôle sur l'activité du législateur. Le Conseil

76 constitutionnel est partout présent, trop au goût de certains, d'où son exposition à des dangers externes et internes. La contestation politique croissante de sa légitimité, la concurrence faite par les juges ordinaires et européens, ses dysfonctionnements constituent autant de signes extérieurs de perte de prestige et de remise en cause des acquis. Au-delà des explications convenues, le Conseil souffre d'un déficit d'autorité dû pour une large part à son instrumentalisation permanente par le personnel politique. Si l'on tempère l'enthousiasme doctrinal un moment constaté chez les constitutionnalistes, le Conseil n'a finalement jamais cessé d'apparaître comme un organe politisé qui se détermine en fonction de considérations subjectives inavouables et qui abuse de sa liberté d'interprétation. Sa spécialisation dans une fonction de contrôle normatif peut constituer cet apport d'oxygène qui le délivrera d'une asphyxie lente mais inexorable. Outre le contrôle préalable des initiatives référendaires refusé par le constituant en 1995, trois moyens remplissent les conditions de réalisation de cet objectif : extension du contrôle de constitutionnalité aux lois parlementaires promulguées impliquant le contrôle de conventionnalité ; ouverture d'un recours en inconstitutionnalité contre les actes de gouvernement ; transfert à une autre juridiction du contentieux électoral en vue de son unification.

L'exception d'inconstitutionnalité rejetée par deux fois au Parlement, en 1990 et 1993, n'est ni un danger pour le législateur ni inutile.

Bien entendu, le contrôle *a posteriori* de la loi fragilise le dogme de son infaillibilité. Mais, aujourd'hui, qui menace concrètement l'œuvre du législateur ? Le Conseil constitutionnel qui opère un contrôle préventif et limité de la loi parlementaire ou les juridictions nationales et européennes qui en examinent *a posteriori* la conventionnalité ? La réponse est claire : ce sont les juges d'application des lois. Bien entendu, les justiciables délurés (autrement dit bien conseillés) ont les moyens de défendre leurs droits fondamentaux inscrits dans les instruments internationaux, notamment européens. Mais le clonage des droits et libertés constitutionnels reste imparfait et, surtout, la sanction du législateur par une juridiction supranationale n'est-elle pas plus insupportable qu'une invalidation ou une neutralisation de dispositions législatives par une juridiction nationale ? Il ne s'agit pas de critiquer l'interprétation de la hiérarchie des normes que font les juges nationaux ordinaires et européens. Bien au contraire, puisqu'ils participent chacun dans leur espace à l'affermissement d'un ordre constitutionnel respectueux des droits des gouvernés. Simplement, il n'est pas inutile de pointer le doigt sur l'une des véritables explications de la crise de la loi. Bien entendu, rares sont

les dispositions législatives attentatoires aux droits fondamentaux. Mais est-ce une raison suffisante pour priver les justiciables du droit de dénoncer leur éventuelle inconstitutionnalité ? La stabilité des situations juridiques prime-t-elle sur l'exigence de constitutionnalité ? La constitutionnalité est-elle figée au point d'immuniser *ad vitam aeternam* une loi entrée en vigueur ? Certes, on rétorquera que le Conseil admet le contrôle incident de la loi promulguée à l'occasion de l'examen *a priori* de dispositions qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine (85-187 DC, 25-01-1985). Mais encore faut-il saisir le juge de la loi nouvelle. Quand bien même cette formalité serait remplie, quelle est la portée réelle d'une déclaration d'inconstitutionnalité d'un texte toujours en vigueur ? Les juges d'application de la loi n'interpréteront-ils pas différemment les effets d'une telle décision ? Observons enfin que la boulimie contentieuse tant annoncée n'est nulle part établie en droit comparé s'agissant des actes législatifs. L'exception d'inconstitutionnalité n'entraînerait donc en rien une insécurité juridique. Elle n'entraînerait pas davantage un allongement des procédures juridictionnelles si le Conseil filtre lui-même les actions en inconstitutionnalité par le biais de formations internes (chambres des requêtes composées de conseillers, appuyés dans leur tâche par des assistants, qui jugeraient du caractère fondé de la contestation et du sérieux des moyens), et statue dans des délais relativement brefs. Ainsi organisée, la procédure présenterait de surcroît l'avantage d'unifier le contentieux de constitutionnalité des lois, ce que ne permettaient pas les projets initiaux.

77

La portée de la réforme ne sera vraiment toutefois significative qu'à la condition que le Conseil examine la conventionnalité d'une loi, ce qu'il se refuse à faire en application de la jurisprudence « interruption volontaire de grossesse » (74-54 DC, 15-01-1975). Pourtant, le maintien d'une interprétation restrictive de compétence, censée découler d'une combinaison des articles 55 et 61 de la Constitution, expose le juge constitutionnel à de graves dangers. Outre la « censure » de ses décisions par les juges européens (CEDH, « Zielinski c. France », 28 octobre 1999) qui mettent le contentieux constitutionnel en demeure de se positionner sur des exigences supérieures, le Conseil, en donnant carte blanche aux juges ordinaires pour veiller au respect de la supériorité des traités sur les lois, s'est dessaisi d'une compétence essentielle en matière de protection juridictionnelle des droits fondamentaux des personnes, celle-là même qui légitime fondamentalement l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

Le juge constitutionnel peut-il faire marche arrière ? La réponse est

78 affirmative, ne serait-ce que parce que les motifs de son incompétence avancés en 1975 ne sont pas opposables au droit communautaire et au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, deux sources appelées à prospérer. On ajoutera : il le doit sous peine d'être définitivement supplanté et marginalisé par les juges ordinaires dans la protection des droits fondamentaux. Cela étant, on admet complètement que les modalités actuelles du contrôle préalable de la loi n'encouragent ni un revirement de jurisprudence ni l'adoption d'un amendement constitutionnel autorisant le Conseil à confronter une loi non promulguée à un ou plusieurs instruments internationaux déterminés. Paradoxalement, ces changements provoqueraient même un recul dans le degré de garantie juridictionnelle des droits des personnes. D'une part, la nécessité de promulguer rapidement un texte déféré devant le Conseil rend impossible l'usage d'une quelconque question préjudicielle. D'autre part, la récupération du contrôle de conventionnalité par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire son assimilation au contrôle de constitutionnalité, priverait les juges de droit commun d'examiner le respect des conventions internationales par les lois, ceux-ci persistant dans leur refus de contrôler *a posteriori* la constitutionnalité de la loi. Or, les interprétations du Conseil sont susceptibles de variations dans le temps (99-410 DC). Les lois sont susceptibles d'échapper au contrôle du juge. Enfin, le contrôle de conventionnalité exercé par les juges judiciaires et administratifs donne entière satisfaction. Resterait alors la solution d'un amendement constitutionnel, obligeant le Conseil à interpréter les droits fondamentaux à la lumière des engagements internationaux relatifs aux droits de l'homme. Très bien, mais, au bout du compte, les justiciables sont dépossédés d'un droit de recours qui aujourd'hui leur permet de revendiquer efficacement leurs droits devant les juridictions de droit commun. On le pressent à travers ces quelques remarques, la confrontation d'une loi à un acte international par le juge constitutionnel est indissociable de l'exception d'inconstitutionnalité. Elle implique, en outre et nécessairement, la justiciabilité des lois référendaires, dont la conventionnalité peut être établie lors d'un examen préventif de constitutionnalité, mais disparaître à la suite d'une évolution postérieure des normes de référence.

Reste à évoquer la question de l'articulation du contrôle de la loi promulguée avec le contrôle facultatif *a priori*. Faut-il le supprimer ? L'objet restreint du contrôle *a posteriori* (protection des droits fondamentaux) conserve au contrôle préalable de la loi une utilité : celle de vérifier la constitutionnalité externe des textes. Pour pallier certains inconvénients du système, rien n'interdit d'élever au rang de législation

organique des matières relatives au fonctionnement des institutions politiques et administratives (lois électorales, lois sur les collectivités locales...), dont on sait qu'elle implique l'intervention obligatoire et *a priori* du juge constitutionnel. Quel que soit l'aménagement retenu, l'obligation généralisée pour les requérants de motiver leurs recours et pour le juge de statuer dans les limites des requêtes alignerait la procédure juridictionnelle constitutionnelle sur le droit commun des procès, ce qui est de nature à renforcer l'autorité et la légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Si le contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée est dans l'ordre des choses, à défaut d'être dans l'air du temps, il est tout aussi urgent de reconnaître au Conseil constitutionnel une compétence pour statuer sur tous les actes qualifiés par la doctrine, mais exceptionnellement par le juge administratif d'« actes de gouvernement ». L'immunité contentieuse des décisions politiques de gestion constitutionnelle des pouvoirs publics heurte les exigences de l'État de droit. Que le Conseil d'État se refuse à contrôler de tels actes n'est guère étonnant. Mais que le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité des pouvoirs publics constitutionnels, soit volontairement écarté pour examiner la validité d'actes qui touchent à leurs rapports, heurte le bon sens. Les autorités constitutionnelles doivent être en mesure de confier au juge leurs différends d'interprétation des dispositions constitutionnelles à propos d'actes divers tels les décrets de dissolution, les conditions d'adoption d'une motion de censure, les refus présidentiels d'inscrire un projet de loi à l'ordre du jour du Conseil des ministres ou de signer des projets d'ordonnances pris en application d'une loi d'habilitation...

79

Le Conseil constitutionnel s'est parfaitement acquitté, jusqu'ici, de sa tâche de juge de la régularité des scrutins politiques nationaux. Dans la perspective d'une redéfinition de ses compétences centrées essentiellement sur l'examen de constitutionnalité des normes, la question se pose du maintien d'un contentieux électoral. Trois arguments, selon nous, militent en faveur d'une amputation des attributions électorales du Conseil constitutionnel.

Première justification : alléger l'activité du Conseil, indispensable dans l'hypothèse de l'ouverture du contrôle de constitutionnalité aux justiciables. La croissance prévisible du contentieux constitutionnel serait source de dysfonctionnements, particulièrement en l'état actuel de son organisation. Mais l'observation n'est pas décisive si on autorise le

Conseil à recruter, par voie de concours, des assistants constitutionnels qui viendraient renforcer utilement son service juridique ou qui seraient mis à la disposition des juges.

Deuxième justification : éviter l'instrumentalisation du Conseil dans la compétition électorale. Le Conseil constitutionnel intervient au terme d'une campagne politique. En règle générale, ses décisions sont rarement commentées et critiquées... sauf lorsque le justiciable est une personnalité politique placée sur le devant de la scène. Ses décisions sont alors susceptibles d'être mal interprétées et surtout incomprises par l'opinion publique. Comment expliquer que le Conseil valide une élection alors qu'est établie l'existence de manœuvres frauduleuses ? Encore une fois, les observations critiques portées sur tel ou tel aspect de la jurisprudence ou du déroulement du procès rejaillissent sur l'institution gardienne de la Constitution, sans qu'une distinction ne soit clairement opérée entre ses fonctions juridictionnelles.

Troisième justification : unifier le contentieux juridictionnel des actes préparatoires et des opérations électorales. Il s'agit pour le citoyen, dont la qualité d'électeur ne varie normalement pas au gré de l'objet des consultations électorales (réserve faite des ressortissants communautaires aux élections municipales), d'agir auprès d'une seule et même juridiction, selon des procédures simples et si possible identiques.

Pour répondre à ces préoccupations, l'idée est parfois avancée de constituer un bloc de compétence au profit des juridictions administratives. Séduisante, la proposition néglige leurs difficultés persistantes à digérer les stocks d'affaires enregistrées aux rôles. Surtout, avec les élections nationales, est en jeu la légitimité des institutions politiques représentatives de la volonté nationale, question qui dépasse manifestement les missions assignées au Conseil d'État. En revanche, rien n'empêche l'institution d'une Cour électorale, présidée par une personnalité nommée d'un commun accord par le président de la République et les présidents des assemblées parlementaires, composée de juristes nommés séparément par ces trois autorités élues et sollicitant pour l'instruction des affaires des juges professionnels, maîtres des requêtes au Conseil d'État ou conseillers de tribunal administratif, juges judiciaires, conseillers à la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes. Chargée de toutes les questions ayant trait à l'organisation de l'élection présidentielle et des opérations de référendum, à la désignation et au mandat des élus, cette juridiction se substituerait aux juridictions administratives pour les élections locales et européennes et à la juridiction constitutionnelle pour les votations nationales.

CLARIFIER ET RENFORCER L'ORGANISATION DU CONSEIL

Il ne se passe pas une législature sans que des membres de la majorité et de l'opposition parlementaires et parfois du gouvernement déçus, agacés ou contrariés par une décision ne proposent une modification de la composition du Conseil constitutionnel. Certes, les admonestations traquent le plus souvent une irritation passagère, bien vite oubliée. Hors contexte, rien ne se passe... ou pas grand-chose. Sans bouleverser l'organisation actuelle du Conseil, il est pourtant pressant d'associer directement les parlementaires dans le choix des conseillers constitutionnels.

Observons déjà qu'en droit comparé la désignation des magistrats exerçant à titre principal ou incident une fonction de justice constitutionnelle est toujours placée entre les mains des autorités politiques : exécutives, délibérantes, voire judiciaires. Lorsque les parlementaires participent à l'organisation d'une Cour constitutionnelle, la modalité retenue est celle de l'élection à une majorité qualifiée. La réforme structurelle du Conseil constitutionnel continuera donc à s'appuyer sur les piliers exécutif et délibérant, le président de la République parce qu'il veille au respect de la Constitution, les présidents des assemblées parlementaires parce qu'ils représentent l'institution dont les actes seront ou pourront être déférés au jugement de constitutionnalité. Mais, compte tenu de la mutation du contrôle de constitutionnalité des lois opérée depuis le début des années soixante-dix, l'association des parlementaires aux modalités de nomination des membres du Conseil constitutionnel répond à un souci légitime. Les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat proposeraient en conséquence trois candidats pour un poste à pourvoir, tous auditionnés par une commission *ad hoc* propre à chaque assemblée, composée à la proportionnelle des groupes parlementaires et ouverte à la presse et au public. La recherche du compromis dans la transparence implique l'élection d'un candidat à la majorité qualifiée, deux tiers des membres présents formant un obstacle sérieux à la volonté d'une majorité d'imposer son favori. Ce système est certainement imparfait et intellectuellement insatisfaisant puisqu'il institutionnalise le marchandage politique. Ces tractations publiques ont cependant le mérite de réduire considérablement les tentatives de déstabilisation et les manœuvres dont le seul but est de décrédibiliser l'institution et ses membres.

La nomination du président du Conseil constitutionnel doit rester

une prérogative du chef de l'État. Pour gommer toute impression de « calcul politique », mais pour tenir compte de la faisabilité d'une réforme, une solution de compromis entre les partisans d'une élection par les conseillers constitutionnels et ceux du maintien de l'actuelle procédure consiste à priver le président de la juridiction constitutionnelle de la voix prépondérante en cas de partage et du choix des rapporteurs. Le doyen d'âge, qui remplace le chef de la juridiction en cas d'empêchement, bénéficierait de ce « privilège ». Cette solution est préférable à une nomination conjointe, par le chef de l'État et les présidents des assemblées, qui présente d'innombrables inconvénients politiques (conséquences d'un désaccord des trois autorités ?, politisation persistante de la nomination...) et pose des difficultés juridiques (pas de président de l'Assemblée en exercice à la suite d'une dissolution...). Quant à l'attribution des dossiers aux membres du Conseil (y compris son président), elles pourraient s'effectuer sur une base chronologique.

En tout état de cause, l'établissement de conditions précises de fin prématurée des fonctions de membre du Conseil constitutionnel s'avère indispensable. En l'état actuel de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, la cessation du mandat ressort de la seule compétence du Conseil. L'« affaire Dumas » a montré les limites et les insuffisances procédurales en cette matière. Le respect de l'indépendance de la juridiction constitutionnelle milite en faveur d'un mécanisme offrant à une minorité de conseillers le droit de convoquer le Conseil pour examiner une demande de démission d'office de l'un de ses membres. Pour dénouer toute inertie, le chef de l'État qui veille au respect de la Constitution et au fonctionnement régulier des pouvoirs publics doit être en mesure de contraindre le Conseil à se prononcer sur une demande présidentielle d'examen de la situation d'un conseiller constitutionnel.

Faut-il aller plus avant en subordonnant, comme certains le suggèrent, la nomination à une compétence juridique ? Sans doute qu'aujourd'hui les conseillers constitutionnels sont majoritairement des juristes de formation ou d'expérience ; certainement qu'en l'état actuel le pouvoir discrétionnaire des autorités nominatives n'a pas porté fondamentalement préjudice et ombrage à l'institution par application de l'effet Becket qui amène celui qui occupe une fonction à en acquérir les attributs. Mais pourquoi les juges constitutionnels seraient les seuls à échapper à une exigence de formation juridique ? La proposition peut être taxée de corporatisme professionnel et l'on sait trop bien que les juristes ne sont pas nécessairement les meilleurs garants des libertés. Mais la complexité des questions juridiques conduit inévitablement à la

professionnalisation du juge constitutionnel. Sans aller jusqu'à prévoir la désignation d'un certain nombre de magistrats ou de juges constitutionnels supplémentaires, désignés respectivement par la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour des comptes en leur sein, contraindre les autorités de nomination à choisir des hommes et des femmes qui ont acquis par leur formation et leur expérience une solide culture juridique constitue une proposition raisonnable.

Enfin, l'institution d'une limite d'âge d'exercice des fonctions, calquée sur le régime applicable aux membres du Conseil d'État et de la Cour des comptes (révision de l'article 56 de la Constitution), et d'une incompatibilité professionnelle générale (modification de l'ordonnance organique) créerait les conditions nécessaires à l'exercice effectif des fonctions de conseiller constitutionnel, réglerait définitivement la question des membres de droit et éloignerait la crainte d'un Conseil de retraités. Elle n'empêcherait toutefois pas les « nominations pour services rendus » à la République (promotion ou couronnement d'une carrière politique, administrative ou universitaire). Évidemment opposables au président du Conseil constitutionnel, ces restrictions doivent consolider l'autorité et l'indépendance des juges.

83

ÉTABLIR UN PROCÈS CONSTITUTIONNEL ÉQUITABLE

La procédure, plus encore que les modalités de nomination, détermine largement la légitimité du Conseil constitutionnel et sa jurisprudence. Pour cette raison, les conditions d'exercice de sa fonction juridictionnelle représentent un enjeu essentiel d'une réforme de la juridiction constitutionnelle française.

Avec le contrôle préalable de constitutionnalité, il est vain d'espérer des bouleversements fondamentaux. La contradiction est développée au maximum de ses possibilités compte tenu des délais de jugement et de la passivité des parlementaires qui déclinent trop souvent l'invitation lancée par le conseiller-rapporteur de venir préciser leurs arguments. L'allongement du délai d'instruction cadre mal avec la logique du contrôle *a priori* qui fait du Conseil un juge de l'urgence. La codification des conventions observées au cours de l'instruction renforcerait la transparence du procès et satisferait les puristes de la procédure, mais n'ajouterait rien à la qualité du contrôle. Quant à la publicité des délibérations recommandée par Kelsen, elle signerait la mort du secret du délibéré partout observé, mais partout interprété de façon plus souple qu'en France.

84 Certes, tout n'est pas rose. Des incohérences, des anomalies et des insuffisances persistent. À commencer par le monopole de la défense de la loi devant le Conseil par un représentant du secrétariat général du gouvernement. La contradiction ne devrait s'engager qu'entre les auteurs de la loi et leurs opposants (éventuels dans le cadre actuel du contrôle préventif de la loi). La loi est l'acte adopté par le Parlement, non par le gouvernement. Certes, les lois issues de projets gouvernementaux sont nombreuses, mais cette proportion décroît depuis l'instauration de la session unique en 1995. Le gouvernement est-il le mieux placé et le plus intéressé pour soutenir la constitutionnalité d'une proposition de loi ? Et s'il venait à contester la constitutionnalité d'un texte législatif, qui le contredirait ? De surcroît, un projet de loi est régulièrement amendé par les parlementaires, et nombreuses sont les dispositions d'origine parlementaire qui, contenues dans une loi d'initiative gouvernementale, font l'objet de griefs.

Parmi les modifications anodines mais symboliques qui contribueraient à rendre plus transparente la procédure, signalons la publicité de l'identité du rapporteur. Prétendre que le secret qui entoure sa désignation le préserverait des pressions et garantirait le bon déroulement de l'instruction fait peu de cas non seulement de son autorité et de son indépendance, mais encore du délibéré et de l'opinion des autres conseillers.

Beaucoup plus controversée est la question de l'introduction des opinions particulières des juges, réduites à tort aux opinions dissidentes. L'interprétation extensive du secret du délibéré semble si profondément ancrée dans nos traditions juridiques que tout plaider en faveur d'un système encourageant la prise de position personnelle et publique des juges s'apparente à une hérésie. La décision juridictionnelle est l'énoncé d'une vérité. L'hostilité à une évolution du droit processuel français a ceci de rassurant qu'elle se targue de la tradition, celle-là même qui, avant 1958, s'opposait à tout contrôle juridictionnel de la loi. Finalement, le contrôle de constitutionnalité des lois s'est imposé et chacun s'accorde sur les bienfaits de l'État constitutionnel, en dépit des garanties procédurales imparfaites et lacunaires du respect des normes constitutionnelles. Pareil « retournement » de position pour les opinions individuelles obligerait évidemment à une véritable révolution des mentalités.

Le ressort fondamental des raisons avancées en faveur du maintien actuel de l'interdiction des opinions personnelles des juges est la crainte d'importer un comportement judiciaire étranger à notre conception du

droit et de la justice. Le risque de destruction d'acquis si difficilement obtenus, notamment l'admission du contrôle de constitutionnalité des lois, est trop important pour se laisser aller à copier des méthodes venues d'ailleurs. Le conservatisme est de rigueur. Il faut dire que les conséquences annoncées de l'admission des opinions dissidentes sont alarmantes et inquiétantes ; jugeons-en plutôt : amoindrissement du prestige de la juridiction constitutionnelle, perte d'indépendance des juges et personnalisation de leurs rapports, multiplication des conflits et des rivalités entre personnes, incohérence et affaiblissement de l'autorité de la chose jugée des décisions, difficultés d'obtenir des décisions acceptables par tous les juges, insécurité juridique.

Cette vision apocalyptique est très exagérée. L'introduction des opinions individuelles semble bien moins sombre, mais porteuse de bouleversements de mentalité. Partout où les opinions concordantes ou dissidentes ont droit de cité, leurs bienfaits sont soulignés avec insistance : maintien du secret du délibéré (conception souple), recherche du compromis, motivation renforcée des décisions (montée en puissance de l'argumentation juridique), indépendance accrue des juges, prévisibilité des évolutions jurisprudentielles, exercice parcimonieux des opinions dissidentes, qualité des opinions individuelles, cordialité inchangée entre les juges... Même la prétendue impossibilité d'importer ce modèle caractéristique du système de la *common law* dans nos systèmes de droit écrit ne résiste pas à l'analyse. Les opinions individuelles sont admises par les principales cours internationales (Cour internationale de justice, Cour européenne des droits de l'homme) et la plupart des Cours constitutionnelles européennes (Allemagne, Espagne, Italie...). La majorité – et non l'unanimité – suffit pour faire autorité. Même si comparaison n'est pas raison, il est tentant de faire le parallèle avec les conditions d'adoption d'une loi. Lorsqu'une initiative législative est approuvée à la majorité, elle s'impose à tous. Sa valeur et sa force ne dépendent aucunement du degré d'opposition ou d'adhésion à ses dispositions. On se trompe lorsque l'on ne fait dépendre l'autorité d'une décision que de conditions formelles. Sa force, la décision du Conseil constitutionnel la tient de son autorité de la chose jugée, exprimée par l'article 62 de la Constitution. De surcroît, la décision du Conseil constitutionnel faisant corps avec la loi, pourquoi les citoyens seraient-ils tenus écartés des divergences d'interprétation de la règle de droit ?

Il reste que l'institution des opinions individuelles pour les membres du Conseil constitutionnel n'est compatible qu'avec l'exercice d'un contrôle répressif de la loi. L'examen d'une loi immédiatement

après des débats parlementaires passionnés et âpres placerait le Conseil dans une situation délicate et inconfortable. Les commentaires et les raisonnements juridiques « à chaud » des juges constitutionnels seraient décortiqués par les parlementaires et les responsables de partis politiques qui n'hésiteraient pas à les exploiter pour justifier le bien-fondé de leur contestation et dénoncer le caractère politique d'une décision qui leur serait défavorable. Avec le contrôle de la loi promulguée intervenant une fois la fièvre parlementaire redescendue, les passions apaisées, les intérêts politiques immédiats disparus, les élus renouvelés pour partie, l'opinion dissidente sera essentiellement appréhendée dans sa dimension juridique.

86 On mesure bien l'immensité et la complexité du chantier constitutionnel qu'impose la refonte des compétences du Conseil constitutionnel et ses implications sur l'institution et le procès. Mais c'est à ce prix que le justiciable accédera au statut de majeur constitutionnel. C'est à ce prix, aussi, que disparaîtra la politisation du contrôle juridictionnel de la loi qui, sans nul doute, marqua une étape décisive dans le développement de la justice constitutionnelle en France, mais qui ne répond plus aux exigences accrues de protection des droits et libertés fondamentaux de la personne.

R É S U M É

La montée en puissance du juge constitutionnel à partir des années soixante-dix a contribué fortement à la protection des droits et libertés fondamentaux. Mais la diversité de ses attributions et les limites tenant aux modalités de son intervention le handicapent et freinent le développement de sa jurisprudence. La refonte de ses compétences centrée sur le contrôle des normes conditionne toute réforme de son organisation et de la procédure observée devant lui.