

Le constitutionnalisme français – partie 11 – L'institution

Le constitutionnalisme français est porté et s'incarne dans une institution, le Conseil constitutionnel, dont la nature exacte a longtemps fait débat. En 1962, lorsqu'il s'était déclaré incompétent pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi référendaire, il s'était justifié en soulignant qu'il n'était qu'un « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics ». Après la célèbre décision Liberté d'association, cette qualification fut de plus en plus contestée. La doctrine estima que l'institution n'était plus la même et qu'avec l'extension de ses compétences à la protection des droits et libertés qui sont garantis dans le Préambule de la Constitution, le Conseil constitutionnel faisait autre chose que de la régulation. Il faisait ce que font des juges à l'ordinaire ; il protégeait l'individu et ses droits. Ses membres étaient devenus de vrais juges, ils formaient une juridiction et avaient naturellement vocation à devenir une véritable cour constitutionnelle. Sans l'approuver, ni la démentir, le Conseil constitutionnel a laissé la rumeur courir jusqu'à ce qu'en 2011, à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2012, au détour d'un considérant passé inaperçu, il se qualifie, ou plutôt se requalifie eu égard au précédent de 1962, de « pouvoir public constitutionnel ».

A – Le Conseil constitutionnel, « organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics »

1 – La qualification initiale

A l'origine, le Conseil constitutionnel n'a jamais été créé pour être une cour. Sa principale mission était de surveiller le partage entre la loi et le règlement et d'empêcher le Parlement d'étendre ses attributions au-delà de ce que lui attribuait la Constitution. Michel Debré l'avait dit en présentant le projet de constitution devant le Conseil d'État : « Il n'est ni dans l'esprit du régime parlementaire, ni dans la tradition française, de donner à la justice, c'est-à-dire à chaque justiciable, le droit d'examiner la valeur de la loi. Le projet a donc imaginé une institution particulière que peuvent seules saisir quatre autorités : le Président de la République, le Premier ministre, les deux présidents d'assemblées ». Le Conseil constitutionnel était ainsi placé non pas comme une cour entre la société civile et l'État, mais comme un conseil doté d'un pouvoir décisionnel entre les quatre pouvoirs publics constitutionnels habilités à le saisir. Il en tira les conséquences en 1962 quand il eut à se prononcer sur la révision constitutionnelle que souhaitait le général De Gaulle.

A l'époque, le général de Gaulle dont la vie était menacée tous les jours, considéra que, privés de la légitimité historique qui l'avait porté au pouvoir, ses successeurs ne pourraient avoir une légitimité aussi forte que s'ils « recevaient directement mission de l'ensemble des citoyens » et que, dans ces conditions, « le Président de la République serait dorénavant élu au suffrage universel ». Il semble que l'idée était ancienne dans sa pensée, mais que les circonstances politiques firent qu'il décida de la réaliser plus tôt que prévu. Quoi qu'il en soit, la Constitution devait être révisée. Toutefois, plutôt que de passer par la procédure prévue par la Constitution, laquelle n'exclut pas un référendum constituant pour la rendre définitive, mais qui suppose l'accord du Sénat qu'il présumait à juste titre ne pas obtenir, il utilisa la voie du référendum législatif expliquant au pays que « le Président de la République peut proposer au pays, par voie de référendum, "tout projet de loi" — je souligne, répéta-t-il, "tout projet de loi" — "portant sur l'organisation des pouvoirs publics", ce qui englobe évidemment, le mode d'élection du président ». C'était solliciter les textes au-delà de ce que les juristes en général admettent et ceux-ci dans leur immense majorité, à commencer par le Conseil d'État, conclurent que la procédure suivie cadrait difficilement avec eux. Le Conseil constitutionnel intervint deux fois, la première pour donner un avis sur la consultation, la seconde pour statuer après les résultats sur la constitutionnalité de la procédure utilisée. C'est cette dernière qui est la plus importante pour comprendre la manière dont le Conseil constitutionnel alors concevait son rôle.

La consultation des délibérations qui eurent lieu entre ses membres sur cette affaire montre que la majorité de ses membres ne se considéraient pas comme des « juges constitutionnels », du moins au sens que cette terminologie revêt en Allemagne ou aux États-Unis. Ainsi, au cours de la séance du 6

novembre 1962, quand le Conseil examina la constitutionnalité de la loi référendaire adoptée par le peuple dont le Président du Sénat l'avait saisi, il n'y eut que quatre membres sur dix (deux anciens présidents de la République, Vincent Auriol et René Coty, un médecin, Louis Pasteur Vallery-Radot, et l'un des auteurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme, René Cassin) pour considérer que le Conseil constitutionnel devait s'affirmer être le gardien de la Constitution et ne pas fuir ses responsabilités par un raisonnement de cleric, une « astuce » selon Pasteur Vallery-Radot, une « subtilité » selon Vincent Auriol, de défendre la Constitution au motif qu'il ne trouve pas de texte qui lui donne expressément cette compétence. Mais le Conseil ne les suivit pas et, à l'absence de texte pour fonder sa compétence, il ajouta qu'il « résultait de l'esprit de la Constitution qu'il était un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics » et, enfin, que « les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 étaient 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 ». Si le Conseil constitutionnel s'était considéré comme un juge, un vrai juge, il ne se serait pas qualifié d'organe régulateur. Les juges ne sont pas des régulateurs, même lorsqu'ils sont des juges de droit public ; la section du contentieux du Conseil d'État n'est pas un organe régulateur de l'activité des autorités administratives. Il faut croire que la formule n'était pas très heureuse car le Conseil ne l'a plus jamais utilisée.

Dix ans plus tard, le 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel rendit sa célèbre décision sur le contrat d'association dans laquelle il décida au visa de « la Constitution et notamment son préambule » qu'il pouvait directement appliquer « des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution », concrètement, « le principe de la liberté d'association » qui exclut que « la constitution d'associations (puisse) être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ». Il en déduisit en conséquence que l'article de la loi dont il était saisi qui « subordonn(ait) l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire », n'était pas conforme à la Constitution. Pour la première fois, le Conseil constitutionnel faisait autre chose que réguler l'activité des pouvoirs publics ; il protégeait une liberté ; il s'intéressait aux droits de l'homme. Quelque chose avait changé. Comment expliquer cela ?

2 – La qualification doctrinale

La doctrine eut recours à l'idée d'une mutation de l'institution. Jusque-là, dit-elle en substance, le Conseil constitutionnel avait appliqué la Constitution. Rien d'étonnant à cela, poursuit-elle, puisqu'il avait été créé justement pour appliquer directement les règles constitutionnelles. Il en avait donné la preuve maintes fois. Un an plus tôt, il avait même appliqué le Préambule en affirmant, au visa de la Constitution « et notamment son préambule », la conformité à celle-ci d'une décision du Conseil des Communautés européennes prévoyant le remplacement des contributions des États membres par des ressources propres aux Communautés. En l'espèce, il avait justifié ladite conformité par le renvoi du préambule de 1958 au préambule de la Constitution de 1946 qui proclame la fidélité de la France à ses traditions, au respect de règles du droit public international – dont la règle *Pacta sunt servanda*, ici directement en cause – et qui consent, sous réserve de réciprocité, aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix, objectifs qui font partie des buts des Communautés. Mais, dans tous ces cas, les règles constitutionnelles appliquées par le Conseil étaient des règles formelles qui concernaient les compétences ou la séparation des pouvoirs. Jamais il ne s'était agi de règles de fond, de règles relatives aux droits et libertés. Or, voilà que le Conseil constitutionnel se mettait à protéger des droits et libertés comme le fait un juge ! La doctrine y vit une révolution.

Au sein de l'institution, à la seule exception de François Luchaire, personne ne vit les choses ainsi. Aucun conseiller ne sépara entre sa tâche de régulateur de l'activité des pouvoirs publics et celle de défenseur des droits et libertés. Sans même se poser la question, le Conseil constitutionnel appliqua l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, estimant que la séparation des pouvoirs et la garantie des droits

n'étaient pas deux choses distinctes, mais qu'elles allaient de pair. Il n'en résultait pas pour autant que le Conseil constitutionnel se transformait en une juridiction, encore moins en une cour constitutionnelle, c'est-à-dire, en « une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celle-ci comme des pouvoirs publics ». En appliquant le Préambule, il ne faisait qu'ouvrir plus grand l'éventail de ses sources, mais il n'y ajoutait rien. Le Conseil n'avait pas à « faire très attention » comme lui disait François Luchaire parce que la démarche était pour lui évidente. Et il avait raison car, comme il l'expliqua lui-même d'un mot par la suite, la garantie des droits est « le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

La révolution que les professeurs de droit virent dans la décision de 1971 n'en était donc pas une. Tout au plus pouvait-on annoncer qu'elle allait être interprétée comme telle et c'est effectivement ce qui s'est passé. La décision à peine rendue, la doctrine prédit l'arrivée d'un juge constitutionnel comme aux États-Unis, en Allemagne ou en Italie. Dans le commentaire qu'il fit de la décision, Jean Rivero se demanda s'il ne fallait pas y voir un *Marbury v. Madison* français, suggérant que le Conseil constitutionnel était presque une cour suprême, à tout le moins, sur le point d'en devenir une. En 1981, dans les mémorables conclusions de synthèse qu'il prononça à l'issue du colloque d'Aix-en-Provence consacré aux cours constitutionnelles européennes, le professeur de libertés publiques qu'il était, rallia tous les suffrages en affirmant : « Voilà que le droit constitutionnel devient un véritable droit, alors qu'on pouvait se demander pendant longtemps s'il était un droit comme les autres, sanctionné par le juge ». Mais le grand tournant eut lieu en 1984, quand le doyen Louis Favoreu, catégorique et sûr de lui, affirma que « ceci n'(avait) pas été fait en reprenant le modèle américain de la Cour suprême ; mais en mettant au point un modèle proprement européen reposant sur une institution nouvelle, la Cour constitutionnelle, haute juridiction indépendante du système juridictionnel ordinaire et spécialement créée pour traiter des questions constitutionnelles ». L'affirmation selon laquelle, parce qu'il protégeait les droits et libertés, le Conseil constitutionnel était une cour, une véritable cour constitutionnelle comme en Allemagne, en Autriche ou en Italie, était lancée. Elle ne cessa de s'approfondir, gagna l'étranger et, bien sûr, suscita des analyses fort critiques du système, même encore aujourd'hui, l'institution n'ayant pas les critères du modèle de référence.

La présidence de M. Robert Badinter à la tête du Conseil constitutionnel (1986-1995) fut un moment charnière parce que, comme l'ancien Garde des Sceaux s'en expliqua en 2008 :

« Pour ma part, je considérais que l'intérêt du Conseil était d'apparaître comme une juridiction aux yeux de tous. En un temps où les citoyens sont soucieux des garanties judiciaires de leurs libertés, dans toutes les démocraties occidentales, les juridictions constitutionnelles jouissent d'un prestige et d'une autorité morale supérieurs aux instances politiques. De surcroît, je pensais que l'affirmation du Conseil constitutionnel comme une véritable juridiction devait lui permettre de prendre sa place dans le cercle des Cours constitutionnelles européennes où je souhaitais lui voir jouer un rôle exemplaire. Je savais aussi que la jurisprudence d'une cour crée plus aisément un corpus juridique que la simple collation d'une série de décisions d'une instance considérée comme d'essence politique. Car l'alternative pour le Conseil est là : ou affirmer sa nature juridictionnelle ou conserver le caractère d'un comité de « Sages ». À mes yeux il n'y avait pas d'hésitation possible : il fallait aller toujours plus loin dans la voie de la juridictionnalisation du Conseil » .

L'ennui est que les institutions n'ont pas pleinement adhéré à cette vision, ni l'Assemblée nationale, ni le Sénat. M. Badinter expliqua que, pour faire de l'institution une vraie cour constitutionnelle, il entreprit « de rapprocher la procédure en usage au Conseil des principes du procès équitable », ce qui était légitime et justifié car le propre d'un juge est d'entendre les parties et de leur donner la parole à chacune (*audi alteram partem*), et il raconte qu'il décida d'écrire « aux présidents des assemblées en leur annonçant que le membre du Conseil désigné comme rapporteur de l'affaire soumise au Conseil par les saisissants, prendrait contact avec le rapporteur de la commission saisie du texte de la loi dans chaque

assemblée, ainsi qu'avec un représentant des auteurs de la saisine pour qu'ils échangent toutes observations utiles à l'appui de leurs positions respectives ». Sa démarche n'aboutit pas. Les bureaux des assemblées considèrent que « le mandat du rapporteur prenait fin dès le vote définitif de la loi et qu'il ne pouvait s'étendre à la procédure d'examen de la conformité de celle-ci à la Constitution ». A défaut de pouvoir établir un vrai procès entre deux parties, le Président Badinter concède qu'il dut se rabattre sur des expédients et il ne resta plus donc qu'à améliorer les règles internes au Conseil. « Ce fut l'objet de l'excellent guide interne rédigé par le secrétaire général Bruno Genevois dont le contenu, accru au fil des présidences successives, demeure encore le fondement de la procédure en vigueur. Son inspiration fondamentale était sans équivoque : assurer le respect des droits des saisissants, des représentants du secrétaire général du Gouvernement, améliorer le caractère contradictoire de la procédure par l'échange des mémoires, approfondir l'instruction de l'affaire par l'audition des saisissants, du secrétaire général du Gouvernement et de tout "sachant" utile à l'information et à la réflexion du rapporteur afin de mieux éclairer les conseillers lors du délibéré. Enfin, améliorer la présentation du recueil annuel des décisions et éventuellement commenter celles-ci pour que leur contenu et leur portée soient accessibles au public aussi bien qu'aux juristes spécialisés. Je rêvais pour ma part, de la tenue par le Conseil constitutionnel d'une audience publique où les arguments des requérants et du Gouvernement voire des représentants des groupes parlementaires pourraient intervenir devant le Conseil selon les mêmes modalités que devant une juridiction. Le moment n'était pas venu de réaliser cette ambition, aujourd'hui accessible grâce à l'exception d'inconstitutionnalité ».

Avec l'élection de Nicolas Sarkozy à la magistrature suprême, l'on crut que ce moment était venu. De grands changements prirent alors place. Dans un premier temps, la Constitution fut révisée pour que la loi promulguée puisse dorénavant faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, (art. 29) ajouta à la Constitution un article 61-1 ainsi rédigé :

« (al.1) Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

« (al.2) Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

Puis, dans un deuxième temps, la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution inséra notamment le chapitre II bis de l'ordonnance n° 58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel et donna un caractère prioritaire au traitement de la question de constitutionnalité soulevée aussi bien devant la juridiction saisie (art. 23-2, al.5) que devant les cours suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation) si la question leur était transmise (art. 23-5, al.2). La constitutionnalité de la loi promulguée pourrait donc désormais être contrôlée par le Conseil constitutionnel, mais on ne comprit pas tout de suite qu'en tout état de cause, il n'était pas question de faire traîner les choses. Or, cette rapidité allait rendre très difficile la possibilité d'engager de grands débats de constitutionnalité dans l'opinion publique comme il en existe dans les États qui adhèrent au constitutionnalisme judiciaire. Sur le moment, les meilleurs esprits ne le virent point et crurent que, cette fois, tout allait changer. Les citoyens allaient pouvoir s'approprier la Constitution parce que dorénavant il existait une cour suprême vers laquelle ils pourraient se tourner pour faire valoir leurs droits et libertés. La France allait s'aligner sur l'Allemagne ou les États-Unis. Le Président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, semblait le plus confiant. Il annonçait une cour suprême : « Les nouvelles dispositions constitutionnelles traduisent une conception moderne, analogue à celle de nos voisins européens, de la Cour suprême constitutionnelle ».

L'année suivante, quand arriva le jour pour célébrer l'entrée en vigueur de la réforme, le Président de la République, Nicolas Sarkozy, rabaisa les enthousiasmes d'un ton, en rappelant d'entrée de jeu :

« Dans notre République, le Conseil constitutionnel est le gardien de la séparation des pouvoirs ».

C'était ramener le balancier à l'« organe régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics » et de poursuivre :

« Je crois qu'il (le Conseil constitutionnel) n'a pas vocation à devenir une Cour suprême coiffant toutes les juridictions et instaurant un contre-pouvoir judiciaire concurrent du législatif et de l'exécutif. Ce serait contraire à l'esprit de la réforme et à notre Constitution. Notre démocratie n'aurait rien à gagner à un conflit permanent entre les différents pouvoirs et différentes autorités à travers lesquels elle s'exprime ».

Un an plus tard, le Conseil constitutionnel confirmait la position officielle ; il dissipa l'ambiguïté qui planait depuis quarante ans sur sa nature exacte et sur son statut. Utilisant une expression qui certes est contenue dans la Constitution, mais dont il ne s'était jamais servi jusque-là, il s'est qualifié, ou plutôt requalifié compte tenu de sa décision de 1962, de « pouvoir public constitutionnel ».

B – Le Conseil constitutionnel, « pouvoir public constitutionnel »

1 – La décision Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012

Le 27 octobre 2011, lors de la discussion sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale, le Gouvernement fit valoir devant l'Assemblée nationale que les contrôles effectués par les URSSAF et la Cour des comptes sur l'application des règles relatives aux prélèvements sociaux avaient montré qu'elles ne couvraient pas l'intégralité des employeurs publics et il déposa un amendement aux fins « d'étendre la compétence de la Cour des comptes afin de procéder à une inclusion des instances juridictionnelles suprêmes (Cour de cassation, Conseil d'État, Conseil constitutionnel) », ce que les députés lui accordèrent sans difficulté. Saisi de la loi pour une question complètement différente, touchant à la procédure parlementaire, le Conseil constitutionnel a censuré d'office le législateur, au nom de la séparation des pouvoirs, pour l'avoir rangé au nombre des « organes juridictionnels mentionnés dans la Constitution » comme le Conseil d'État ou la Cour de cassation au motif qu'il « figure au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ». La qualification n'était pas nouvelle, plusieurs membres du Conseil constitutionnel, René Coty et François Luchaire, ayant déjà rangé l'institution parmi les pouvoirs publics constitutionnels. Mais, eu égard à l'ampleur du mouvement en faveur de la reconnaissance du Conseil constitutionnel comme véritable cour constitutionnelle, la confirmation solennelle en 2011 de la qualification de « pouvoir public constitutionnel » prend valeur de symbole.

La décision Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 est capitale pour trois raisons. Tout d'abord, la décision conforte de manière exemplaire l'indépendance de l'institution en lui appliquant « la règle selon laquelle les pouvoirs publics constitutionnels déterminent eux-mêmes les crédits nécessaires à leur fonctionnement » et en rappelant que « cette règle est, en effet, inhérente au principe de leur autonomie financière qui garantit la séparation des pouvoirs ». Ensuite, elle porte un coup fatal à la théorie qui voudrait qu'il soit une cour constitutionnelle comme il en existe dans les autres démocraties européennes, pour la simple raison qu'en droit français les juridictions ne sont pas des « pouvoirs », mais des « autorités ». Enfin, en qualifiant le Conseil constitutionnel de « pouvoir public constitutionnel », la décision Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 a placé le Conseil constitutionnel sur une autre orbite que celle des autorités juridictionnelles dont la mission s'absorbe toute entière dans la protection des droits et libertés de chacun et sur laquelle on veut la voir tourner au motif qu'il protège les droits et libertés. La difficulté est que le Défenseur des droits, lui aussi, protège les droits et libertés et que, pourtant le Conseil constitutionnel a refusé de lui reconnaître la qualité de « pouvoir public constitutionnel », quelques mois seulement avant de se l'attribuer. C'est donc que la qualité de pouvoir public constitutionnel dépend d'un critère que ni les autorités juridictionnelles, ni le Défenseur des droits ne possèdent. Quel est-il ? La réponse est à rechercher dans les fonctions exercées par les organes qui ont cette qualité.

En comparant leurs fonctions, en cherchant le trait commun qui les unit, il semble bien qu'en faisant du Conseil constitutionnel un « pouvoir public constitutionnel », la décision Loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 ait élevé l'institution au même niveau que le Parlement et le gouvernement qui sont des organes de la démocratie parce qu'ils sont élus; elle l'a rapproché d'eux parce que, même si ses membres ne sont pas élus, le Conseil constitutionnel est, lui aussi, un organe de la démocratie au même titre qu'eux, mais pas pour la même raison, ni de la même manière.

Certes, « le mode d'investiture (et) les fonctions (du Conseil constitutionnel) n'en font point un représentant de la volonté générale ». Ses membres ne sont pas élus, mais nommés par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, à raison de trois chacun tous les trois ans, pour un mandat de neuf ans non renouvelable. Cependant, un point décisif est que chacune de ces trois autorités est placée à la tête d'un pouvoir public constitutionnel et que chacune est juridiquement réputée totalement indépendante, le Président de la République à cause de la volonté initiale du constituant et des devoirs de sa fonction (article 5 de la Constitution) qui excluent qu'elles puissent être entre les mains d'un chef de parti, le président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat à cause de la tradition parlementaire. Ces trois organes sont censés être « au-dessus des partis », au-dessus de la politique qui est l'affaire du Gouvernement et de son chef, le Premier ministre. Chacun à sa manière représente les éléments permanents de la République : l'État dans sa continuité historique avec le Président de la République, la Nation dans son unité et sa diversité avec le Président de l'Assemblée nationale, la France et ses territoires avec le Président du Sénat. Deux d'entre elles n'auraient pas été choisies si le Conseil constitutionnel avait été conçu pour être une cour. Imaginerait-on que le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat puissent désigner les membres de la Cour de cassation ou de la Section du contentieux du Conseil d'État ? C'est donc bien que le Conseil constitutionnel n'a pas été pensé en tant que juridiction et que s'il peut en être une, ce n'est ni par sa composition, ni par ses décisions, ni pas ses missions, mais par sa procédure. Nous y reviendrons.

Placé entre les quatre pouvoirs publics constitutionnels qui forment les institutions de la démocratie française, le Président de la République, le Gouvernement, l'Assemblée nationale et le Sénat, mais composé seulement par les trois d'entre eux qui sont indépendants des partis, le Conseil constitutionnel est un organe de la démocratie parce que toutes ses fonctions, on va le voir, n'ont pour seul but que de les assister à faire bien fonctionner les processus démocratiques voulus par le constituant. Il est là, comme il l'a dit, pour veiller à ce que la volonté générale s'exprime « dans le respect de la Constitution ». La première raison d'être du Conseil constitutionnel n'est donc pas dans la défense d'un individu dont un droit est lésé, ne serait-ce que parce que la victime ne peut pas le saisir directement. La première raison d'être du Conseil est de montrer la voie à la majorité pour ne pas être tyrannique et s'il est vrai que l'institution de la QPC fait naître, à l'initiative du justiciable, une confrontation de la loi aux droits et libertés constitutionnellement garantis, ce ne sont pas les droits du justiciable qui justifient l'inconstitutionnalité possible de la loi, mais les vices de celle-ci dans la protection qu'elle est censée leur donner.

2 – La nature de l'institution

En se qualifiant de « pouvoir public constitutionnel », le Conseil constitutionnel a affirmé qu'il n'était pas un juge, à proprement parler, et il a raison. Comme l'a dit Pierre Chatenet en 1974 au cours de la délibération sur la Loi de finances pour 1975 : « Nous ne sommes pas une juridiction. La décision n'a pas été faite pour ceux qui nous ont saisi (sic) ». Le conseiller d'État touchait là un point fondamental. Le Conseil constitutionnel n'est pas un juge parce qu'il n'a pas de justiciables. Il ne connaît pas de cas particuliers, il n'est jamais saisi de ces affaires qui mettent aux prises les individus en lutte les uns contre les autres avec des hommes qui accusent et d'autres qui se défendent. Il ne juge personne, ni le chef de l'État « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (art. 68, 1 de la Constitution) lequel est jugé par le Parlement constitué en Haute Cour – alors que les cours constitutionnelles européennes jugent les hommes et les femmes politiques (ainsi, de la Cour

constitutionnelle allemande qui, conformément à une tradition germanique établie de longue date, juge le Président fédéral sur mise en accusation par le Bundestag ou le Bundesrat pour « violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale » (art. 61, 1 LF) ou de la Cour constitutionnelle italienne qui juge les accusations contre le Président de la République (art. 134 Constitution italienne) – ni les ministres.

Même dans le contentieux électoral, le Conseil constitutionnel ne juge pas un individu, mais une opération avec ses manœuvres, ses coups bas et ses fraudes. Certes, le contentieux électoral est un plein contentieux et il y a une grande similitude des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État en matière électorale. Cependant, comme le Conseil d'État lorsqu'il juge les élections municipales, départementales ou régionales, le Conseil constitutionnel qui statue sur la régularité des élections au Parlement ne s'intéresse pas directement aux auteurs ou aux commanditaires des actes frauduleux – ce n'est d'ailleurs pas lui qui les juge s'ils ont franchi le seuil de la malhonnêteté qui les fait tomber sous le coup de la loi pénale – il s'intéresse d'abord et avant tout à l'opération électorale en elle-même. A-t-elle été conduite dans les conditions que la démocratie exige ? Quel que soit le degré de perversité des fraudes ou des manœuvres alléguées, ces aspects subjectifs ne l'intéressent pas et l'élection sera validée, dès lors qu'« à les supposer établies, les irrégularités dénoncées (sont) sans influence sur les résultats du scrutin, eu égard à l'écart des voix ».

Le Conseil constitutionnel ne s'intéresse pas directement à l'individu, à ses droits et à ses libertés, si ce n'est à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la loi que le législateur veut, ou a voulu lui appliquer, autrement dit, lorsqu'il statue sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), procédure dans laquelle on a voulu voir les prémices d'une transformation complète de l'institution, mais même, dans ce cadre, le Conseil ne s'intéresse à l'individu que toujours indirectement. Celui-ci ne peut jamais s'adresser directement à lui, fût-il député et auteur d'un mémoire complémentaire déposé à l'appui du recours formé par soixante de ses collègues. En tant que simple citoyen dans le cadre d'une QPC, il ne peut pas le saisir de son affaire et arguer par la voix d'un avocat de la violation de ses droits comme peut le faire n'importe quel citoyen aux États-Unis (judicial review), en Espagne (recours d'amparo), ou en Allemagne (recours d'inconstitutionnalité, dit Verfassungsbeschwerde). L'individu est si loin du Conseil constitutionnel qu'il ne peut pas lui apporter lui-même son affaire. Seule, l'une des cours suprêmes (Cour de cassation, Conseil d'État) peut le faire pour lui et, lorsqu'elles le font, son sort particulier en tant que justiciable compte si peu que le Conseil n'exige pas d'intérêt pour agir pour trancher la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est posée. Certes, l'avocat vient présenter la cause de son client, pour autant qu'on puisse parler de cause dès lors qu'il ne discute pas les faits qui l'ont fait naître, mais la loi qui est censée la régler. Il défend donc moins son client qu'il n'attaque la loi qu'on veut lui appliquer et il ne peut le faire que de manière impersonnelle. L'impersonnalité du contrôle de la loi, même en QPC, est d'ailleurs accentué par le Conseil constitutionnel lui-même qui prend soin de ne se prononcer que sur un membre de phrase, toujours soigneusement isolé par lui, de la disposition législative sur laquelle porte la question et qui se réduit, le plus souvent, à quelques mots. Le point fondamental est que la QPC a débouché sur un contrôle abstrait a posteriori des dispositions de la loi au regard des droits et libertés garantis par la Constitution.

Mais qui ne voit qu'un juge qui n'a pas de justiciables n'est pas un vrai juge ? Même Kelsen le disait. Dans son article fondateur sur « La garantie juridictionnelle de la Constitution », il remarquait :

« L'organe à qui est confié l'annulation des lois inconstitutionnelles, même s'il reçoit – par l'indépendance de ses membres – l'organisation d'un tribunal, n'exerce cependant pas véritablement une fonction juridictionnelle. Pour autant qu'on puisse les distinguer, la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, consiste avant tout en ce que celle-ci crée des normes générales, tandis que celle-là ne crée que des normes individuelles. Or annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour

ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif ».

L'idée à laquelle la doctrine française attache aujourd'hui un si grand prix, qui voudrait que le Conseil constitutionnel soit un juge parce qu'« il dit le droit » est un bon exemple des chausse-trappes de la méthode comparative lorsqu'elle n'est pas maîtrisée. Cet argument ressassé à satiété par les auteurs est emprunté au droit américain. C'est John Marshall qui l'invoqua dans l'arrêt *Marbury v. Madison* pour fonder le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois : « C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit ». L'adage est incontestablement vrai aux États-Unis, mais il n'est pas pertinent en droit français. Le « droit » auquel se réfère John Marshall n'est pas du droit positif pour un juriste français parce que, en droit français, il n'y a de droit positif, de droit en vigueur, si l'on préfère, que posé par la loi ; la loi est l'expression de la volonté générale et il n'y en a pas d'autre. Le vieux droit commun, dégagé par les cours et tribunaux, cette perfection de la raison comme disait Blackstone qui a construit la common law, n'existe plus en droit français ; c'est l'innovation fondamentale de la Révolution française que d'avoir dit qu'il n'y a plus de droit positif qui ne soit l'expression de la volonté générale de sorte que le droit est tout entier contenu dans la loi. Mais, dans les systèmes de common law et dans tous les États où il existe un contrôle judiciaire de constitutionnalité, droit et loi ne sont pas confondus ; la loi n'est véritablement du droit positif que si elle est conforme à ce « droit plus haut » (higher law). En France, ce « droit plus haut » n'est plus ignoré aujourd'hui puisqu'il s'exprime dans le contrôle de constitutionnalité de la loi ordinaire, mais il est tout entier contenu dans la Constitution, et il ne peut être contenu ailleurs.

De ce qui précède, il résulte qu'il est impossible en droit français d'opposer le législateur qui dit la loi et le juge qui dirait le droit ; le législateur nécessairement aussi dit le droit. Que fait-il s'il ne dit pas le droit ? C'est si vrai que, si la loi ne dit pas le droit, elle n'est qu'une exhortation, un vœu, un état d'âme, et elle n'est pas une loi. Le Conseil constitutionnel a jugé que : « Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ». Dans ces conditions, il était dans la nature des choses que le Conseil constitutionnel se range du côté du législateur, non du côté des autorités juridictionnelles. Cela ne signifie pas qu'il ait épousé la thèse de Kelsen qui voyait l'activité du juge constitutionnel comme celle d'un « législateur négatif (...) absolument déterminée par la Constitution », figure de rhétorique que commentait plaisamment le Doyen Vedel en parlant d'un juge qui peut « utiliser la gomme, mais pas le crayon » - on en veut pour preuve que le fait que, très exceptionnellement, le législateur a pu discrètement démentir le grand juriste . Cela ne signifie pas non plus que le Conseil constitutionnel ne dit jamais le droit ; il le dit certainement lorsqu'il formule des réserves d'interprétation, ou lorsqu'il conseille le Président de la République sur le recours à l'article 16, ou lorsqu'il décide de la conformité de la loi votée à la Constitution. Mais cela veut dire que le Conseil constitutionnel a tranché et que, pour lui, le débat sur son statut est clos. Il n'est pas et ne veut pas être une cour constitutionnelle de la même manière que le Conseil d'État n'est pas et ne veut pas être une cour administrative. Faut-il rappeler que le Conseil d'État a refusé pour lui en particulier, pour ses membres affectés à la Section du contentieux, de recevoir la qualité de « magistrats administratifs » alors qu'en revanche, ladite qualité est attribuée sans difficulté depuis 1986 aux membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ? C'est que, comme le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel est bien trop proche du pouvoir législatif pour être une cour. Comme il l'a dit lui-même, il est un pouvoir constitutionnel indépendant en révolution autour du Parlement, non autour de l'autorité juridictionnelle, qu'elle soit judiciaire ou administrative.

Le Conseil constitutionnel est si peu en révolution autour des juges qu'il fait des choses qu'un juge du siège ne fait pas, voire s'interdit de faire. Par exemple, s'agissant de la procédure, le conseiller constitutionnel nommé rapporteur dans une affaire ne se comporte pas comme un juge, même s'il s'efforce de toujours faire en sorte que la procédure soit pleinement contradictoire et qu'il puisse prendre connaissance de toutes les thèses en présence. Il est admis depuis longtemps que le Conseil

constitutionnel permet aux arguments autres que ceux présentés par les saisissants officiels et qui émanent spontanément des tiers d'entrer dans le débat par la technique des « portes étroites » ; le rapporteur en prend toujours connaissance, mais il n'en tient pas toujours compte. La pratique a été tout à la fois critiquée et défendue en doctrine ; le Président Fabius a décidé d'en assurer la publication. Il n'est donc pas douteux que la procédure a un caractère contradictoire, mais elle n'est pas judiciaire. Ce trait se manifeste par le fait que le rapporteur à l'inverse d'un juge du siège a des contacts avec l'extérieur, il échange des communications téléphoniques avec le Secrétaire général du Gouvernement, avec le Conseil d'État, avec les ministères, ce qu'en principe, un juge s'interdit de faire pour préserver son impartialité. La procédure suivie, surtout dans le contrôle a priori, est de nature inquisitoriale, ce qui ne choque pas en France et paraît même tout à fait normal, mais qui laisse sceptique, pour ne pas dire incrédule dans les systèmes de common law, sur la nature prétendument juridictionnelle de l'institution parce que les contacts ex parte ne sont pas dans la tradition judiciaire et sont même interdits par la déontologie judiciaire. De même ne rentrent pas dans l'orbite judiciaire les fonctions consultatives que tient le Conseil constitutionnel et qui jouent un rôle analogue à celui tenu par certaines cours constitutionnelles européennes qui ont reçu compétence pour trancher des conflits entre organes. L'analogie était suggérée par Simone Veil à propos de la « fonction d'arbitrage » initialement confiée au Conseil constitutionnel pour opérer le partage entre la loi et le règlement et, de fait, elle est séduisante mais, à une réserve près, c'est qu'à la différence, par exemple, de la Cour allemande, le Conseil constitutionnel donne des conseils, notamment au Président de la République : il suggère, mais il ne décide rien.

C'est que le Conseil constitutionnel ne possède pas une compétence définie par une clause générale qui le chargerait comme la Cour allemande de trancher « les difficultés relatives à l'application de la Constitution » ou « de statuer sur les différends entre les organes des pouvoirs publics ». Aussi bien, saisi par le Président de l'Assemblée nationale d'une demande d'avis sur la recevabilité d'une motion de censure déposée pendant la mise en œuvre de l'article 16, le Conseil constitutionnel n'est-il pas compétent pour en décider. Par ailleurs, même en restant dans le cadre d'une fonction purement consultative, celle-ci n'est pas compatible avec la fonction judiciaire. Ainsi, aux États-Unis, la Cour suprême s'est interdit dès les origines, au nom de la séparation des pouvoirs, de donner des conseils au Président par souci de préserver l'autorité de la fonction et aussi pour ne pas courir le risque d'être désavouée, la pire des situations pour une institution qui se maintient par le respect porté à la parole d'autorité.

Enfin, hors le contentieux électoral où il est admis, à la différence d'un juge qui ne peut pas refuser de tirer les conséquences d'un désistement et rayer l'affaire du rôle, le Conseil constitutionnel, une fois dûment saisi, le reste, même dans le cadre d'un contrôle QPC. La saisine est d'ordre public. Elle déclenche le contrôle de la loi sans le limiter aux seules dispositions contestées ou aux moyens invoqués. De plus, le Conseil constitutionnel s'autorise à soulever des moyens d'office (qu'il appelle indifféremment « moyens » ou « griefs ») ce qu'en principe, un juge ordinaire ne fait pas, sauf dans des cas précis, prévus par la loi (articles 120, 125 du Code de procédure civile) et, s'il s'agit de moyens de droit, « sous réserve d'inviter les parties à présenter leurs observations » (article 16 CPC), formalité à laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas à se plier et ne se plie pas nécessairement. Le Conseil a eu recours à la technique du grief soulevé d'office dès les origines pour le contrôle des lois organiques dont il est obligatoirement saisi et à propos desquelles Georges Pompidou disait qu'« on conçoit qu'(il) doive les analyser du premier mot au dernier », ce qu'un juge de droit commun ne ferait jamais.

Additionnés les uns aux autres, ces éléments interdisent de voir dans le Conseil constitutionnel un organe appartenant au pouvoir judiciaire ou juridictionnel, comme s'y rattache nécessairement une cour qu'il s'agisse d'une cour constitutionnelle comme en Allemagne ou en Italie, ou d'une cour suprême comme au Royaume-Uni ou aux États-Unis. Le Conseil constitutionnel est un « pouvoir public constitutionnel », comme il l'a dit lui-même en se qualifiant comme tel unilatéralement pour visiblement lever l'ambiguïté qui planait sur son statut depuis trente ans. Cette qualification emporte résolution,

pour ne pas dire préemption, de trois problèmes qui mobilisent l'attention de la doctrine française depuis longtemps :

1) le problème de la motivation des décisions que la doctrine ne cesse de critiquer en exigeant que le Conseil constitutionnel motive comme un véritable juge constitutionnel ; le Conseil a répondu à ces critiques et a récemment procédé à une réforme de la motivation de ses décisions qui les simplifie et les rend plus lisibles, mais il n'y a aucune raison de lui demander qu'il motive ses décisions comme une cour constitutionnelle dès lors qu'il n'en est pas une et il y en a désormais encore moins pour demander qu'il motive comme une cour motive les siennes, par une opinion majoritaire flanquée d'opinions séparées ;

2) le problème de la légitimité de l'institution sur laquelle la doctrine s'interroge, en souhaitant que les membres du Conseil constitutionnel soient sinon élus, du moins confirmés, par une assemblée élue comme les juges des cours constitutionnelles européennes, en oubliant le fait que la solution n'est pas transposable en France dans la mesure où tous les contrôles du Conseil constitutionnel, le principal comme les accessoires, n'ont pas pour objet direct la protection des droits et libertés, mais le contrôle de la conformité de la loi, œuvre essentielle du Parlement, aux processus démocratiques inscrits dans la Constitution, ce qui reviendrait à donner un droit de regard aux contrôlés sur leurs contrôleurs, étant ici précisé que l'application à ces nominations d'une audition par les commissions permanentes chargées des lois constitutionnelles dans chaque assemblée ne s'applique qu'au seul membre nommé par le Président de la République, les nominations faites par les présidents des assemblées n'étant soumises qu'à l'avis de la commission compétente de l'assemblée concernée ;

3) le problème de l'indépendance du Conseil qui est déjà largement assurée par son contrôle de la constitutionnalité de la loi organique qui le régit et qui est maintenant renforcée par l'absence de tout droit de regard des assemblées sur ses finances.