

Le Conseil constitutionnel, juge de l'exception?

Le contrôle de constitutionnalité des lois a longtemps suscité en France une réticence certaine de la part des hommes politiques comme des juristes, tous persuadés que son introduction conduirait à une profonde altération des souverainetés législative et populaire au regard de l'article 6 de la Déclaration du 26 août 1789 («*La loi est l'expression de la volonté générale*»). Ils rejoignaient à cet égard la conception dégagée par Jean-Jacques Rousseau dans son ouvrage majeur «*Du Contrat Social*» (1762) au cours duquel cet auteur confère une supériorité juridique à la loi. Cette conception «*rousseauiste*» de la loi, faisant de cette dernière un acte inconditionnel, irrésistible, incontestable et irréprochable, a toujours été invoquée pour dénier à toute autorité juridictionnelle le pouvoir de contrôler la conformité de la loi à la Constitution dans le cadre d'une activité de collation des textes. D'ailleurs, comme le reconnaissait sentencieusement l'article 3 de la Section I^{ère} (*De la Royauté et du Roi*) Chapitre II (*De la Royauté, de la Régence et des Ministres*) de la Constitution du 3 septembre 1791, «*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la Loi. Le Roi ne règne que par elle et ce n'est qu'au nom de la Loi qu'il peut exiger l'obéissance*». Cette supériorité législative avait d'ailleurs déjà été posée dans l'article 12 de la loi des 16 et 24 août 1790.

Dans ces conditions de sacralisation syncopée de la loi, la création d'un Conseil constitutionnel en 1958 par la Constitution du 4 octobre (Titre VII *Le Conseil constitutionnel*) constitue une innovation institutionnelle majeure que la pratique du régime a considérablement développée. En dépit des propos peu amènes assés par certains au début du régime (François Mitterrand le qualifiait d'organe qu'«*une simple poignée d'avoine fera rentrer à l'écurie*», «*Le coup d'Etat permanent*», 1964), le juge constitutionnel est parvenu à occuper une place centrale, à jouer un rôle d'acteur à part entière au sein des institutions de la V^e République. Le juge constitutionnel a diligenté à travers sa jurisprudence un mouvement de «*constitutionnalisation*» du Droit en dégagant des principes à valeur constitutionnelle (ou des objectifs à valeur constitutionnelle) que les pouvoirs publics ne sauraient négliger. La France rejoint ce faisant les autres grandes démocraties occidentales déjà accoutumées à la «*culture constitutionnelle*», comportant toutes une juridiction constitutionnelle suprême (Cour suprême américaine, Tribunal constitutionnel allemand, Cours constitutionnelles espagnole et italienne). Toutes ces institutions juridictionnelles sont donc destinées à assurer, à protéger la supériorité du texte constitutionnel et des nombreux principes qu'il recèle, afin d'empêcher l'édiction de loi liberticide et inconstitutionnelle. La présence d'un juge constitutionnel apparaît dès lors comme la condition d'un Etat de droit dans lequel l'Etat, dans ses relations avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de Droit.

La réussite du juge constitutionnel sous la V^e République a consisté dans une mutation fonctionnelle qu'il a lui-même initiée en passant d'un simple répartiteur de compétences entre l'exécutif et le législatif, un simple «*canon braqué sur le Parlement*» selon la formule de Charles Eisenmann au garant de l'Etat de droit, au gardien des libertés fondamentales et de la Constitution en s'affranchissant de la dimension strictement politique des origines. Le parcours du Conseil constitutionnel depuis 1958 correspond ce faisant à la chronique d'un itinéraire réussi, avec un Conseil constitutionnel qui a acquis *mutatis mutandis* les attributs d'une juridiction (I), tout en cultivant un atypisme parfois perfectible (II).

I) Le Conseil constitutionnel, juridiction authentique

Le juge constitutionnel français apparaît aujourd'hui comme une authentique juridiction au regard des fonctions juridictionnelles timidement attribuées en 1958 (A) et des fonctions juridictionnelles arrogées depuis 1958 (B).

A) Les fonctions juridictionnelles originelles

Le Conseil constitutionnel est originellement un juge électoral (1) et un juge de la loi (2).

1) Le juge électoral.

Confier certains contentieux électoraux au Conseil constitutionnel exprime en 1958 la volonté des Constituants de rompre avec la tradition parlementaire qui voulait que ce fût aux Assemblées elles-mêmes de vérifier les conditions d'élection de leurs membres. Relativement aux actes électifs, il existe un principe fondamental (TC 27 novembre 1952, *Officiers ministériels de Cayenne*, dit «*arrêt Préfet de Guyane*») selon lequel lorsque aucun texte ne régleme la matière, tout le contentieux lié à l'organisation des scrutins électoraux relève de la compétence du juge administratif.

Ainsi, en vertu de l'article 58 de la Constitution de 1958, «*Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin*». Le juge constitutionnel intervient en réalité dans toutes les phases de l'élection présidentielle. Il est consulté par le Gouvernement sur tous les textes organisant les opérations électorales (calendrier, formulaires de présentation d'un candidat, déroulement du scrutin, etc.), ses avis n'étant pas rendus publics. Il intervient avant le début du scrutin pour établir la liste des candidats. Il vérifie si chaque candidat à l'élection présidentielle dispose effectivement des cinq cents signatures exigées par la loi et si, parmi les signataires, figurent des élus d'au moins trente départements ou collectivités d'outre-mer, sans que plus d'un dixième d'entre eux puissent être élus d'un même département ou collectivité. Il s'assure de la régularité des candidatures au regard des autres conditions posées par la loi, en particulier de l'éligibilité des candidats. Ensuite, le Conseil constitutionnel veille au bon déroulement des opérations électorales. Enfin, il appartenait au Conseil constitutionnel de contrôler les comptes de campagne qui ont été déposés par les candidats deux mois au plus tard après l'élection en vérifiant le respect des règles de financement des campagnes, notamment celui des plafonds des dépenses. Après avoir mis en œuvre une procédure contradictoire, il approuvait d'éventuelles modifications ou rejette les comptes des candidats. Depuis la loi organique du 5 avril 2006 *relative à l'élection du Président de la République*, l'examen des comptes de campagne appartient à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques qualifiée d'autorité administrative indépendante (décision du Conseil constitutionnel du 31 juillet 1991 et rapport annuel du Conseil d'Etat 2001). La compétence incombe donc principalement au Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat se déclare incompétent (CE Ass. 6 mai 1966, *Dame Chaix*). S'applique toutefois la règle de la distinction de l'organisation du scrutin (compétence du juge administratif) et des résultats (compétence du juge constitutionnel: régularité des opérations électorales, opérations intimement liées au déroulement du scrutin) susmentionnée. Dans une décision *Durand* du 6 avril 1995 (confirmée par une décision du 14 mars 2001, *Hauchemaille*), le Conseil constitutionnel accepte, par exception, de se reconnaître compétent relativement au contentieux des actes préparatoires de cette élection lorsque l'irrecevabilité opposée à la requête «*risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle de ces opérations, vicierait le déroulement général des opérations électorales, porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics*», tout en considérant que les conclusions de l'espèce n'entraient pas dans sa compétence (reprise du principe posé par la décision du 21 janvier 1981, *Krivine*).

Selon l'article 59 de la Constitution de 1958, le Conseil constitutionnel «*statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs*». Il est par conséquent le seul juge du contentieux du déroulement des élections parlementaires. Le Conseil d'Etat constate d'ailleurs qu'aux termes de l'article 59 de la Constitution du 4 octobre 1958, il appartient, à titre exceptionnel au Conseil constitutionnel, en vertu de la mission de

contrôle de la régularité de l'élection des députés et des sénateurs qui lui est conférée par ces dispositions, de statuer avant le scrutin sur des requêtes dirigées contre les décrets portant convocation des électeurs pour l'élection des parlementaires, dès lors qu'une irrecevabilité opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations électorales, vicierait le déroulement général du vote, ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics (CE Sect. 14 septembre 2001, *Marini*). Le Conseil constitutionnel, qui, pour sa part a depuis l'origine exercé un contrôle des actes préliminaires par voie d'exception à l'occasion de recours dirigés contre l'élection des parlementaires (décisions du 30 janvier 1968, *AN, Corse, 3^e circonscription*, et 27 juin 1973, *AN, Réunion, 2^e circonscription*), a réaffirmé sa compétence d'exception en matière de contentieux des actes préparatoires des élections législatives, les 8 juin 1995 (décision *Bayreute*), 16 mai 1997 (décision *Meyet*), 22 mai 2002 (*M.Stéphane Hauchemaille et l'association Déclit*) comme des élections sénatoriales (décision du 20 septembre 2001, *Stéphane Hauchemaille et Philippe Marini*). Il reprend ainsi des décisions *Delmas* du 11 juin 1981 et *Bernard* des 16-20 avril 1982, prévoyant son contrôle toutes les fois que l'irrecevabilité opposée à la requête «*risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle de ces opérations, vicierait leur déroulement général et porterait dès lors atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics*».

Enfin, l'article 60 de la Constitution de 1958 confère toute compétence au juge constitutionnel en disposant que «*Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum et en proclame les résultats*». Reprenant son raisonnement suivi pour l'élection présidentielle et les élections législatives, le juge constitutionnel a décidé dans des décisions des 25 juillet 2000, *Hauchemaille I*, et 23 août 2000, *Hauchemaille II et Larrouturrou* (confirmées par une décision du 24 mars 2005, *Stéphane Hauchemaille et Alain Meyet*), qu'il lui appartenait, en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution de 1958, de se prononcer contre les requêtes dirigées contre ces décrets dès lors qu'une «*irrecevabilité opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics*». Le considérant de principe de cette jurisprudence nouvelle reprend le raisonnement tenu dans les décisions précitées *Delmas* et *Durand* et instaure pour certains auteurs un authentique contrôle de constitutionnalité des projets de loi référendaire. Le Conseil constitutionnel a au surplus étendu son domaine de compétence en opérant le contrôle de «*la clarté et la loyauté*» de la question posée au référendum (décision du 2 juin 1987 confirmée par une décision du 4 mai 2000 mentionnant le caractère «*non équivoque*» de la question posée).

2) Le juge de la loi.

En 1958, la volonté des Constituants consistait à placer le Parlement sous surveillance et à réduire le domaine illimité de la loi. Michel Debré, considérant que le Parlement ne disposait plus du monopole de la souveraineté, décida de l'encadrer («*La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement à la règle édictée par la Constitution ... La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire*», discours devant le Conseil d'Etat le 27 août 1958). La première illustration de cette volonté fut l'examen obligatoire des Règlements des Chambres par le Conseil constitutionnel afin d'éviter l'édiction subreptice de procédures que la représentation nationale utiliserait pour mieux contrôler l'exécutif (par exemple dans les décisions des 17, 18 et 24 juin 1959 pour l'Assemblée, des 24 et 25 juin 1959 pour le Sénat, le Conseil interdit le vote d'une résolution après une question orale pour éviter le rétablissement des interpellations de la IV^e République). Cette conception manichéenne a certes évolué tout

en suscitant un profond bouleversement quant à la perception de la loi, que l'on retrouve dans certains «considérant» du Conseil constitutionnel (par exemple, dans une décision du 23 août 1985: «*La loi n'exprime la volonté générale que dans la mesure où elle respecte la Constitution et non plus du seul fait de son existence et de son vote par les élus du peuple*»; ou encore dans une décision du 16 janvier 1982: «*Rien ne saurait dispenser le législateur dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'Etat*»). Par l'intermédiaire de l'instauration du contrôle de constitutionnalité, le Parlement n'exprime plus la volonté générale que s'il se conforme aux dispositions constitutionnelles car la loi se définit dorénavant par rapport à la Constitution. Or, ces dernières sont définies et tracées par le Conseil constitutionnel, nouveau théologien et sa jurisprudence, nouveau décalogue. Par ailleurs, les techniques de contrôle développées dans les décisions, inspirées de celles du juge administratif, participent au développement de cette dynamique jurisprudentielle interprétative. Par l'erreur manifeste d'appréciation, le juge constitutionnel écarte de la loi toute erreur (commise par le législateur) qu'il estime grossière sans s'expliquer plus avant sur son interprétation (dans la décision du 23 août 1985 au sujet du découpage électoral en Nouvelle-Calédonie, le juge constitutionnel déclare entaché d'une erreur manifeste d'appréciation l'écart de 210% entre la circonscription la plus peuplée et la moins peuplée et substitue le chiffre de 180%). Par les réserves d'interprétation, il suspend certaines dispositions inconstitutionnelles (réserves neutralisantes), oriente les travaux parlementaires (réserves constructives), voire réécrit le texte de la loi (strictes réserves d'interprétation dans le cadre de la décision du 5 août 1993 notamment, ou encore dans la décision du 15 novembre 2007 à propos de l'utilisation de tests «A.D.N.» en matière de regroupement familial comme dans celle du 2 mai 2010 dans laquelle il réécrit le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande). Mieux, il n'hésite plus à soulever d'office des moyens non visés par les requérants, voire à contrôler l'intégralité de la loi déferée, au mépris de la règle de *l'infra* et de *l'ultra petita* appliquée devant le juge administratif. Il module dans le temps des effets de ses décisions comme avec une décision du 28 mai 2010 dans laquelle il décide que les dispositions opérant la «cristallisation» des pensions des anciens combattants de l'Empire français étaient abrogées à partir du 1^{er} janvier 2011 (le législateur disposant dès lors d'un délai de sept mois pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée), et dans une décision du 30 juillet 2010 dans laquelle il conclue à l'abrogation des dispositions du Code de procédure pénale relatives au régime ordinaire de la garde à vue à compter du 1^{er} juillet 2011. Enfin, depuis une décision du 29 décembre 1993, le juge constitutionnel se refuse, lorsqu'il ne censure pas d'office une disposition, à lui accorder un «brevet de constitutionnalité». Il se borne en effet à affirmer que les dispositions contestées sont ou non contraires à la Constitution, sans préjuger de la conformité de celles que les requérants n'ont pas explicitement visées.

B) Les fonctions juridictionnelles arrogées

Au gré des saisines et des décisions rendues, le Conseil constitutionnel a conforté sa mission juridictionnelle en devenant le gardien des libertés fondamentales (1) et de l'Etat de droit (2).

1) Le gardien des libertés fondamentales.

À partir de sa décision fondatrice du 16 juillet 1971 relative au droit d'association dans laquelle il étend le «*bloc de constitutionnalité*» selon la formule du professeur Louis Favoreu (valeur juridique suprême reconnue au Préambule de la Constitution de 1946 et aux principes contenus dans ce texte), le Conseil a mis en place une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux. De simple répartiteur des pouvoirs, de simple régulateur des pouvoirs publics, il est devenu le garant de l'ordre juridique, le «*régulateur de l'activité normative du*

Gouvernement législateur» (formule du professeur Bastien François), l'«*organe régulateur de l'équilibre des pouvoirs*» (décision du 23 septembre 1992), le protecteur des libertés qui limite son incompétence aux seules lois référendaires, Lois constitutionnelles et lois de transposition de directives communautaires. Alors que la protection des libertés constituait une fonction traditionnellement dévolue au seul juge judiciaire (article 66 alinéa 2 de la Constitution de 1958), le Conseil constitutionnel s'est arrogé cette prérogative, par exemple dans des décisions du 12 janvier 1977 concernant la fouille des véhicules, du 5 août 1993 sur les contrôles d'identité, du 13 août 1993 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire national, ou encore du 18 janvier 1995 relative au système de vidéosurveillance dans les lieux publics et les lieux privés ouverts au public. Il étend en conséquence son domaine d'intervention au mépris des dispositions constitutionnelles mais au bénéfice de l'achèvement de l'Etat de droit dont il considère être l'un des principaux artisans. Au-delà du simple aspect concurrentiel, c'est surtout une complémentarité qui s'instaure entre lui et le juge judiciaire (contrôle *a priori* et abstrait pour le premier, contrôle *a posteriori* et concret pour le second).

Ses décisions dégagent des principes à valeur constitutionnelle qui complètent l'ordonnement juridique (ces principes ne sont pas toujours dégagés à partir de textes préexistant comme par exemple le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine affirmé dans une décision du 27 juillet 1994 et contenu dans aucun texte du «*bloc de constitutionnalité*»), voire qui remettent parfois en cause des dispositions législatives ou constitutionnelles (cas des décisions précitées relatives au droit d'amendement qui contrarient l'article 44 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958, ou celle du 23 janvier 1987 relative aux modalités du vote personnel des parlementaires qui remet en cause l'article 27 alinéa 2 du même texte).

2) Le gardien de l'Etat de droit.

L'Etat de droit français s'est construit à compter de 1958 sur la supériorité désormais reconnue à la Constitution placée au sommet de la hiérarchie des normes, sommet bonifié continuellement par la dynamique d'«*effet cliquet*» dégagée par ce juge. À cette composante première sont venus s'ajouter d'autres éléments d'un ensemble qualifié de «*bloc de constitutionnalité*». Depuis cette date, ledit bloc ne comprend en effet plus seulement la Constitution *in extenso* (de son premier article jusqu'au dernier). Il intègre désormais le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui mentionne expressément la Charte de l'environnement issue de la révision constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 (disposant, ainsi que tous les éléments du Préambule, d'une pleine valeur constitutionnelle reconnue par le Conseil d'Etat: CE 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*), la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et renvoie au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 visant lui-même la Déclaration précitée de 1789. Le Préambule de 1946 vise par ailleurs des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, principes de nature politique et rétrospective, qui proviennent essentiellement des lois de la III^e République relatives aux libertés publiques et individuelles telle la liberté de la presse (loi du 29 juillet 1881), la liberté syndicale (loi du 21 mars 1884), ou encore la liberté d'association (loi du 1^{er} juillet 1901). À cette première catégorie de principes constitutionnels vient s'ajouter celle des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps limitativement énoncés dans ledit Préambule. Ces derniers principes (tels la «*protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs*», le droit «*d'obtenir un emploi*», ou l'égalité entre les hommes et les femmes), certes très généreux, demeurent cependant plus incantatoires que chargés d'une normativité juridique effective et assortis d'un effet utile. Enfin, dernière composante écrite, certaines lois organiques font partie intégrante du bloc (par exemple la loi du 2 janvier 1959 *relative aux lois de finances*: décision du 11 août 1960). Complétant le

«*bloc de constitutionnalité*», les principes à valeur constitutionnelle sont issus de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sont créés *ex nihilo* par ce dernier, tout comme les objectifs à valeur constitutionnel sorte de vœux pieux adressés aux pouvoirs publics et non dotés d'effet utile.

II) Le Conseil constitutionnel, juridiction atypique

Si le Conseil constitutionnel semble bien devenu une juridiction en dépit des critiques acerbes du professeur René de Lacharrière prononcées il y a une trentaine d'années (les juges constitutionnels «*disposent d'un pouvoir suprême de censure confié à neuf personnes totalement irresponsables, arbitrairement désignées et, de surcroît, en fait le plus souvent choisies selon les aimables critères de la faveur personnelle*»), cette juridiction demeure atypique dans l'exception qu'elle incarne. Cet atypisme concerne en premier lieu la procédure et la composition induisant un effort de «*juridictionnalisation*» de l'institution (A). L'exception juridictionnelle incarnée par le Conseil constitutionnel tient aussi à la capacité normative que ce juge s'est attribuée (B).

A) L'effort de «*juridictionnalisation*»

La procédure suivie devant le juge constitutionnel s'éloigne largement des canons processuels rencontrés devant les juges ordinaires (1) et sa composition ne correspond aucunement à l'*habitus* juridictionnel (2).

1) Une procédure dérogatoire.

Le formalisme de la saisine du Conseil constitutionnel se révèle très réduit dans la mesure où celle-ci ne doit comporter que les dispositions attaquées, un exposé des motifs succinct, ainsi que la signature des requérants. Elle est alors transmise au Secrétariat général du Conseil constitutionnel qui en avise l'ensemble des pouvoirs publics. Surtout, la procédure (la non-procédure selon la formule du professeur Guillaume Drago) repose sur une inégalité patente entre le Gouvernement et les parlementaires, confinant à la violation du principe de l'égalité des armes et du contradictoire. Dès la saisine reçue, le conseiller - rapporteur dont le nom est protégé s'entretient avec les fonctionnaires du Secrétariat Général du Gouvernement. Ces derniers expliquent les intentions ministérielles, justifient les dispositions contestées, évoquent même des solutions transactionnelles. Les parlementaires, quant à eux, généralement à l'origine de la saisine du juge constitutionnel, n'ont pas le moindre contact avec leurs juges. Contrairement à la plupart des autres Cours constitutionnelles pourvues de règlements procéduraux, le Conseil constitutionnel français fonctionne donc à partir d'un empirisme procédural souvent abscons et inégalitaire,

Au surplus, dans un souci de publicité retardée, seules sont publiées au Journal officiel la requête des auteurs de la saisine pour les lois, la réponse du Secrétaire Général du Gouvernement aux griefs d'inconstitutionnalité desdits requérants depuis 1994, le mémoire en réplique des parlementaires depuis 1995, et la décision elle-même (non les travaux préparatoires, les délibérations dont les séances ne sont pas publiques, ni les opinions dissidentes). Depuis le 1^{er} janvier 2009, il est ainsi possible d'accéder aux archives du Conseil antérieures à 1984. Au regard de cet effort de «*juridictionnalisation*», les parties peuvent désormais demander à être auditionnées dans le cadre du seul contentieux électoral comme c'est le cas devant tout juge de parties, le Conseil n'étant pas obligé d'accéder à cette demande. Des auditions publiques sont aussi organisées pour les questions prioritaires de constitutionnalité depuis le 1^{er} mars 2010 avec une salle principale et une salle adjacente pour les parties et leurs conseils. En revanche, ce juge ne publie aucune opinion dissidente, alors que cette technique se retrouve dans les autres Cours constitutionnelles.

2) Une composition partisane.

Composé de membres de droit (en l'occurrence les anciens Présidents de la République) et de neuf membres nommés par le Président de la République (dont le Président dudit Conseil), le Président de l'Assemblée nationale et celui du Sénat, le Conseil constitutionnel présente une composition foncièrement politique qui provoque encore aujourd'hui certaines suspicions, même si, comme l'expliquait le Président Robert Badinter, la légitimité d'une institution ne saurait dépendre de ses conditions de désignation mais bien de son acceptation par le souverain qui a voté la Constitution (en l'occurrence le peuple). Or le peuple français a adopté par référendum la Constitution de la V^e République et toutes les institutions contenues dans ce texte suprême bénéficient donc d'une légitimité incontestable. Dans le souci de rompre avec toute politisation fantasmée ou avérée, le Comité «Balladur» a suggéré de faire auditionner les différents candidats au poste de membre du Conseil constitutionnel par une commission *ad hoc* composée de députés et de sénateurs. La Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré cette innovation en introduisant un nouvel alinéa 1^{er} à l'article 56 de la Constitution de 1958. Désormais, le pouvoir de nomination du chef de l'Etat (comme des Présidents des deux Chambres) s'exerce en la matière après avis public (mais non conforme) de la commission permanente compétente de chaque Assemblée (en l'occurrence la commission chargée des lois constitutionnelles expressément visée par la loi organique du 23 juillet 2010 *relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution*). Le candidat proposé par les Présidents des Chambres, quant à lui, n'a à recueillir que l'avis de la commission permanente compétente de l'Assemblée concernée. Le chef de l'Etat ne peut procéder à la nomination en cause lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission «représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions» (révision constitutionnelle du 23 juillet 2008), et il ne peut y avoir de délégation lors d'un scrutin destiné à recueillir cet avis (loi organique du 23 juillet 2010). Si l'ambition paraît respectable, le risque de politisation n'est pourtant pas entièrement écarté car d'une part, l'avis d'espèce est public mais non conforme (encore que la publication est de nature à limiter toute tentative de nomination forcée) et d'autre part, les instances appréciant les candidatures seront des commissions permanentes composées de parlementaires appartenant inévitablement dans leur majorité à la majorité parlementaire. Les oppositions réunies dans les deux commissions permanentes à l'Assemblée nationale et au Sénat ne pourront qu'exceptionnellement atteindre les trois cinquièmes des suffrages exprimés et donc bloquer la nomination.

B) Un juge normateur

L'extension des conditions de saisine du Conseil constitutionnel a définitivement mis fin aux controverses quant à la nature juridictionnelle de l'institution notamment avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité. La pratique de cette saisine *a posteriori* du juge constitutionnel esquisse au demeurant la perspective de l'apparition d'une Cour suprême (1). Le spectre du «Gouvernement des juges» traditionnellement avancé comme moyen du procès en illégitimité instruit envers le Conseil paraît dès lors écarté (2).

1) L'esquisse d'une Cour suprême.

Saisi initialement par les seules autorités suprêmes de l'Etat, le Conseil constitutionnel a bénéficié d'un élargissement de ses conditions de saisine par la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974 avec l'ouverture de ladite saisine à soixante parlementaires dans le cadre de l'article 61 (complété par la Loi constitutionnelle du 25 juin 1992 dans le cadre de l'article 54). Cette réforme a profondément modifié l'exercice du contrôle de constitutionnalité en France et a permis d'ancrer définitivement cette juridiction dans le système institutionnel. En revanche, la révision de la Constitution instaurant la saisine du Conseil constitutionnel par les

particuliers (question préjudicielle de constitutionnalité) a été repoussée par le Sénat le 30 mars 1990 (projet de révision de la Constitution ardemment souhaité par le Président François Mitterrand, réitéré par le Comité «Vedel» en 1993 et le Comité «Balladur» en 2007). La loi du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne*, contenant des mesures manifestement inconstitutionnelles mais non déférée au Conseil constitutionnel, illustre les limites des modalités de saisine. Finalement, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (prolongée par la loi organique du 10 décembre 2009) a ouvert une saisine indirecte des justiciables par l'intermédiaire du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation.

À l'occasion des premières questions prioritaires de constitutionnalité, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel certaines questions au motif qu'était en cause, non pas proprement dit la constitutionnalité de la disposition contestée elle-même mais l'interprétation qu'elle en avait elle-même donnée. Pareille analyse, au demeurant rejetée par le Conseil d'Etat (CE 25 juin 2010, *Mortagne*), a été largement dénoncée en raison du fait, d'une part, que l'on ne saurait distinguer l'interprétation de la loi du texte lui-même, d'autre part, que l'interprétation de la loi par le juge constitutionnel se révèle indispensable afin qu'il remplisse son office, enfin, car cette approche serait susceptible de priver les justiciables des droits que leur reconnaît la Constitution. Dans sa décision du 6 octobre 2010 (confirmée dans des décisions des 14 octobre 2010, 4 février 2011 et 11 février 2011), le juge constitutionnel a finalement réglé la querelle en s'appropriant la théorie italienne du «droit vivant» dégagée pour la première fois dans une décision de la Cour constitutionnelle italienne du 15 juin 1956 (la norme est telle qu'elle est définie par l'interprétation désormais arrêtée en jurisprudence): il apprécie la constitutionnalité de la loi dans l'interprétation que lui donnent la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, reconnaissant ce faisant le rôle de ces juges en tant qu'interprètes de la loi. Ces auteurs envisagent dans la volonté de la Cour de cassation de «sanctuariser» ses interprétations et sa jurisprudence, une crainte de voir le Conseil constitutionnel jouer le rôle de Cour suprême.

2) Le rejet du «Gouvernement des juges».

Dégagée par Edouard Lambert dans sa thèse *«Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis»* (1921), cette notion inquiète en ce sens qu'elle confère un pouvoir décisionnel totalement discrétionnaire au juge constitutionnel alors même que ce dernier ne bénéficie d'aucune légitimité électorale, ni ne connaît de contrôle de quelque nature que se soit. Comme l'indiquait le Doyen Georges Vedel, *«le Gouvernement des juges commence quand les juges ne se contentent pas d'appliquer ou d'interpréter des textes, mais imposent des normes qui sont en réalité des produits de leur propre esprit»*. C'est ce qu'énonçait le «Chief Justice» Charles Hughes en 1908 lorsqu'il affirmait: *«Nous sommes régis par une Constitution, mais la Constitution est ce que les juges disent qu'elle est»*.

Le Conseil constitutionnel français s'est cependant toujours défendu de pratiquer un tel détournement en avançant notamment *«Considérant que la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ... Il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur»* (décision des 19 et 20 janvier 1981) ou encore que *«L'objectif du contrôle de constitutionnalité est non de gêner ou de retarder l'exercice du pouvoir législatif mais d'assurer sa conformité à la Constitution»* (décision du 23 août 1985). Selon les principes classiques, l'interprétation du Droit ne devrait pas entraîner la création du Droit. De plus, en vertu de la démocratie législative, le Droit n'existe que dans la loi votée et le juge n'a qu'un pouvoir limité. Par application de la séparation des pouvoirs, le juge ne peut poser le Droit d'où une interdiction des arrêts de règlement. Le juge constitutionnel français ne saurait réellement être taxé de pratiquer un «Gouvernement des juges» tant sa jurisprudence s'inscrit

désormais dans le cadre d'une «culture de constitutionnalité», vecteur déterminant d'un Etat de droit.

* * *

D'organe politique à organe juridictionnel, de juridiction anodine à juridiction exceptionnelle, de juridiction atypique à juridiction en phase de normalisation, le Conseil constitutionnel connaît depuis 1958 des mutations successives uniques dans le champ des institutions de la V^e République. Il incarne de toute évidence la réussite de cette Constitution, la réussite de l'édification et du perfectionnement de l'Etat de droit en France.